

REVISTA  
**JURÍDICAS**

jurid.	Manizales (Colombia)	Vol. 10	No. 1	248 p.	enero-junio	2013	ISSN 1794-2918
--------	----------------------	---------	-------	--------	-------------	------	----------------

REVISTA JURÍDICAS

ISSN 1794-2918

Fundada en 2004

Periodicidad semestral

Tiraje 300 ejemplares

Vol. 10 No. 1, 248 p.

enero - junio, 2013

Manizales - Colombia

Rector

Ricardo Gómez Giraldo

Vicerrectora Académica

Luz Amalia Ríos Vásquez

Vicerrector de Investigaciones y Postgrados

Carlos Emilio García Duque

Vicerrector Administrativo

Fabio Hernando Arias Orozco

Vicerrectora de Proyección

Fanny Osorio Giraldo

COMITÉ EDITORIAL

**Director**

Javier Gonzaga Valencia Hernández Ph.D.

Universidad de Caldas

**Editor Invitado**

Denise Schmitt Siqueira Garcia Ph.D.

Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI

\*\*\*

**Manuel Atienza Ph.D.**

Universidad de Alicante

**Edgard David Serrano Moya Ph.D.**

Universidad de Caldas

**Maria Cristina Gómez Isaza Ph.D.**

Universidad de Antioquia

**Ricardo Guarinoni Ph.D.**

Universidad de Buenos Aires

**Paolo Comanducci Ph.D.**

Universidad de Génova

COMITÉ INTERNACIONAL

**Juan Ramón Capella Ph.D.**

Universidad de Barcelona

**Josep Aguiló Regla Ph.D.**

Universidad de Alicante

**Silvina Ribotta Ph.D.**

Universidad Carlos III de Madrid

**José Luís Díez Ripollés Ph. D.**

Universidad de Málaga

**Paulo Marcio Cruz Ph.D.**

Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI

**Consejo de Redacción**

Carolina Valencia Mosquera

Beatriz Zuluaga Villegas

Carlos Arturo Gallego Marín

Lucero Ríos Tovar

Alejandro Guzmán Rendón

**Comité Técnico de Apoyo a la Edición**

Juan David Giraldo Márquez - Coordinación

Gerardo Quintero Castro - Corrección de estilo

Juan David López González - Diseño

Silvia L. Spaggiari - Correctora de abstract

Carlos Eduardo Tavera Pinzón - Soporte

Tecnológico

Valentina Escobar Sierra - Asistente Revista Jurídicas

**Artistas invitados:**

Hernando Morales: artelatria@gmail.com

Gloria Silvia Alarcón: gloriasilviaalarcon@gmail.com

Portada: "Del Color de las Mariposas"

Técnica: Óleo sobre lienzo.

**Ventas, Suscripciones y Canjes**

Vicerrectoría de Investigaciones y Postgrados

Universidad de Caldas - Sede Central

Calle 65 No. 26 - 10

Apartado Aéreo: 275

Teléfonos: (+6) 8781500 ext. 11222-11442

E-mail: [revistajuridicas@ucaldas.edu.co](mailto:revistajuridicas@ucaldas.edu.co)

[revistascientificas@ucaldas.edu.co](mailto:revistascientificas@ucaldas.edu.co)

Manizales - Colombia

**Edición**

Universidad de Caldas

Vicerrectoría de investigaciones y postgrados

**La responsabilidad de lo expresado en cada Artículo es exclusiva del autor y no expresa ni compromete la posición de la revista**

# JURÍDICAS

Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas - CIS

Universidad de Caldas | Manizales, Colombia

La Revista JURÍDICAS, fruto del esfuerzo de los profesores y estudiantes de la Universidad de Caldas y los académicos invitados, está orientada a la publicación de ensayos inéditos y de alta calidad científica que correspondan, fundamentalmente, a resultados o avances de proyectos de investigación, Artículos de reflexión, traducciones y reseñas bibliográficas relacionados con el desarrollo de la ciencia jurídica y el estado del arte en los campos jurídicos y sociojurídicos. Pretende así contribuir en la consolidación de una producción intelectual permanente que difunda el conocimiento jurídico en los ámbitos de lo regional, nacional e internacional.



# CONTENIDO / CONTENTS

	Pág.
<b>EDITORIAL</b>	<b>7</b>
<b>GOBERNABILIDAD TRANSNACIONAL AMBIENTAL EN RÍO+20</b> Transnational environmental governance in Rio+20 <i>PAULO MÁRCIO CRUZ, ZENILDO BODNAR</i>	<b>9</b>
<b>MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO: A GARANTIA CONSTITUCIONAL A UM PATAMAR MÍNIMO DE QUALIDADE AMBIENTAL PARA UMA VIDA HUMANA DIGNA E SAUDÁVEL</b> The minimum ecologic existencial: the constitutional guarantee for a minimum level of environmental quality for a decent and healthy life <i>DENISE SCHMITT SIQUEIRA GARCIA</i>	<b>31</b>
<b>REFLEXÕES SOBRE O LIMITE DE TOLERABILIDADE E O DANO AMBIENTAL</b> Reflections on the limit of tolerance and environmental damage <i>MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA</i>	<b>47</b>
<b>A FUNÇÃO JURISDICCIONAL E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR</b> The jurisdictional function and environmental protection: notes on the polluter-pays principle <i>FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO</i>	<b>63</b>
<b>REFLEXÕES SOBRE A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E O ESTADO DE BEM-ESTAR</b> Reflections on the international financial crisis and the welfare state <i>MAURIZIO OLIVERO, PAULO MÁRCIO CRUZ</i>	<b>78</b>
<b>A TRANS-DISCIPLINARIDADE COMO FERRAMENTA PARA A REAL EFETIVAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL: A TEORIA CIENTÍFICA TRANSDISCIPLINAR COMO LÓGICA ESTRUTURAL PARA OS OPERADORES DO DIREITO</b> Transdisciplinarity as a tool for real implementation of environmental law: the scientific transdisciplinary theory as structural logic for law operators <i>EDUARDO GUERINI, RICARDO STANZIOLA VIEIRA</i>	<b>95</b>
<b>LOS OBSTÁCULOS Y RETOS PARA LA EFICACIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL</b> Obstacles and challenges for access effectiveness to environmental justice <i>JAVIER GONZAGA VALENCIA HERNÁNDEZ</i>	<b>123</b>

jurid.	Manizales (Colombia)	Vol. 10	No. 1	248 p.	enero-junio	2013	ISSN 1794-2918
--------	----------------------	---------	-------	--------	-------------	------	----------------

<p><b>LA INCIDENCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL Y LA PARTICIPACIÓN, EN LA TRANSFORMACIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL</b></p> <p>The incidence of environmental legal education and the participation on the transformation of the environmental conflict</p> <p><i>CLAUDIA ALEXANDRA MUNÉVAR QUINTERO</i></p>	<p>147</p>
<p><b>PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES EN MATERIA AMBIENTAL COMO ESTRATEGIA PARA LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD: EL CASO DE LOS PESCADORES EN LA CIÉNAGA DE AYAPEL (CÓRDOBA)</b></p> <p>Participation in environmental communities as a strategy for the conservation of biodiversity: the case of the Ayapel (Cordoba) swamp fishermen</p> <p><i>SANDRA PATRICIA DUQUE QUINTERO, MARTA LUCÍA QUINTERO QUINTERO, MÓNICA DUQUE QUINTERO</i></p>	<p>164</p>
<p><b>LOS DERECHOS AMBIENTALES FRENTE A “OTRAS PRIORIDADES”. ESTUDIO DE UN CASO EMBLEMÁTICO</b></p> <p>Environmental rights against “other priorities”: an emblematic case study</p> <p><i>NATALIA MARULANDA GARCÍA, JENNY PAOLA GARCÍA GONZÁLEZ</i></p>	<p>181</p>
<p><b>REFLEXIONES SOCIOJURÍDICAS DEL COMPONENTE AMBIENTAL SUELO EN CUBA</b></p> <p>Legal reflexions about the environmental soil component in Cuba</p> <p><i>ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO, MABEL CÁDANO PÉREZ</i></p>	<p>197</p>
<p><b>REVISIÓN DE LAS REGULACIONES E INCENTIVOS PARA EL USO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN COLOMBIA</b></p> <p>Review of the regulations and incentives for the use of the renewable energy in colombia</p> <p><i>MARTHA VIVIANA GUALTEROS, ENRIQUE HURTADO</i></p>	<p>209</p>
<p><b>LA MINERÍA Y LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES EN EL EJE CAFETERO</b></p> <p>Mining and the precaution and prevention principles in environmental public policies in the coffee triangle</p> <p><i>JORGE ALFREDO GÓMEZ BAUTISTA</i></p>	<p>225</p>
<p><b>ORIENTACIONES A LOS AUTORES</b></p> <p>ORIENTATIONS FOR AUTHORS</p>	<p>239</p>

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Schmitt Siqueira Garcia, Denise. Valencia Hernandez, Javier Gonzaga (2013). "Editorial". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 7. Manizales: Universidad de Caldas.

## EDITORIAL

El tema de la actual revista *JURÍDICAS* del Centro de Investigaciones Sociojurídicas –CIS– de la Universidad de Caldas es “Derecho y Medio Ambiente”, un tema que demanda un objeto de investigación y reflexión muy actual y complejo. Esta edición también es muy importante porque se instala en el convenio entre la Universidad de Caldas (Colombia) y la Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), consolidando una alianza importante para el fomento de la investigación científica en esa área de conocimiento.

Ya está consolidado que grandes son los desastres ambientales de la actualidad, por lo tanto se hace necesaria una mirada crítica y transdisciplinaria, para la intensificación de la búsqueda por la protección del Medio Ambiente. Motivo por el cual, las discusiones trazadas en los artículos que componen esa edición posibilitan esa visión crítica y actual sobre la necesidad de protección de la vida misma.

Así, la protección ambiental posee varios desafíos y uno de ellos es unir la protección del Medio Ambiente con el desarrollo económico, en aras de erradicar totalmente la exclusión social y la miseria de una cantidad considerable de la humanidad. El otro gran desafío es la disminución del consumismo y de la contaminación producto del desperdicio.

En ese contexto se adentra en la teoría de la sostenibilidad que atiende los anhelos de la sociedad humana, en cuanto ofrece oportunidades políticas, económicas y sociales, sin comprometer la atmósfera, el agua, los ecosistemas, los territorios y por ende la vida.

La calidad y transdisciplinaria de la investigación sociojurídica en temas relacionados con el Derecho Ambiental, como lo son los artículos que componen la presente edición, revelan la contribución de todas las áreas del saber y el despertar en relación a los asuntos de orden ambiental. Temas que terminan siendo un aporte muy pertinente para la comunidad académica actual, debido a que influyen la sociedad moderna tanto como señalan los desafíos impuestos por la necesidad de una política ambiental globalizada, mediante la cual se implementen mecanismos que regulen la protección ambiental de manera eficaz, así como la posibilidad de que se piense el desarrollo económico desde un enfoque preventivo y de precaución, evitando con ello la perpetuación del daño ambiental.

La presente edición, por lo tanto, demuestra el enorme valor de la pesquisa en el área del Derecho Ambiental, ampliando horizontes de debate y llevando cuestionamientos y vías de solución para el desarrollo de la conquista del compromiso constitucional con la sostenibilidad socioambiental.

**Los Editores**





## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Cruz, Paulo Márcio y Bodnar, Zenildo. (2013). "Gobernabilidad transnacional ambiental en Río+20". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 9-30  
Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 30 de mayo de 2013

Aprobado el 7 de junio de 2013

# GOBERNABILIDAD TRANSNACIONAL AMBIENTAL EN RÍO+20

PAULO MÁRCIO CRUZ\*

ZENILDO BODNAR\*\*

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

## RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo investigar los límites del actual modelo político y jurídico de gestión y tutela de los bienes ambientales en una perspectiva global, en especial a partir de las reflexiones de la conferencia sobre el medio ambiente Río+20, realizada en la ciudad de Río de Janeiro en junio de 2012. De manera inductiva, se describe que en la actual Sociedad de riesgo hay una crisis/carencia de gobernabilidad global que hace oportuno y necesario implementar nuevos modelos de gestión y regulación. Esa crisis/carencia de gobernabilidad es consecuencia del agotamiento del modelo estatal, limitado por las fronteras territoriales, así como la insuficiencia del sistema y la lógica jurídica del Derecho Internacional actual, para realizar tutela eficaz del planeta y del medio ambiente, en especial en lo que concierne al riesgo futuro y la tutela de las futuras generaciones. El presente artículo trata de confirmar que es imprescindible el desarrollo de nuevas estrategias de gobernabilidad transnacional ambiental capaces de articular actitudes solidarias, democráticas y cooperativas que congreguen las personas, instituciones y Estados en la lucha por la protección de

bienes y valores imprescindibles para asegurar una vida digna, sostenible y prometedora a las futuras generaciones.

**PALABRAS CLAVE:** Transnacionalidad, gobernabilidad transnacional, medio ambiente.

\* Pos-Doctor en Derecho del Estado por la Universidad de Alicante, España. Doctor en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Santa Catarina y Maestro en Instituciones Jurídico-Políticas también por la Universidad Federal de Santa Catarina –UFSC–. Coordinador y Profesor del Programa de Pos-Grado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas de la Universidad do Vale do Itajaí –UNIVALI– en sus cursos de Doctorado y Maestría en Ciencias Jurídicas. Fue Secretario de Estado en Santa Catarina y Vice-Rector de UNIVALI. Es profesor visitante en las universidades de Alicante, España, y de Perugia, Italia. Correo electrónico: pcruz@univali.br

\*\* Pos-Doctorado en Derecho Ambiental en la Universidad Federal de Santa Catarina y Pos-Doctorado en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante, España. Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad do Vale do Itajaí –UNIVALI–. Profesor en los programas de Doctorado y Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad do Vale do Itajaí. Investigador CNPq. Juez Federal en Blumenau, Santa Catarina. Correo electrónico: zenildo@univali.br

## TRANSNATIONAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE IN RIO+20

### ABSTRACT

This article has as the main purpose of investigating the limitations of the current political and legal model for the management and guardianship of environmental goods in a global perspective, especially based on the reflections brought by the RIO+20 Environmental Conference which took place in Rio de Janeiro in June 2012. With the use of the inductive method, it is described how in the present at risk Society there is a crisis/lack of global governability which makes the implementation of new management and regulation models convenient and necessary. This crisis/lack of governability is a consequence of the state model exhaustion, limited by territorial boundaries as well as by the deficiency of the legal system and logic of the present International Law to carry out efficient guardianship of the planet and the environment, especially regarding future risk and protection of future generations. This article tries to confirm that the development of new transnational environmental governability strategies, capable of articulating supporting, democratic and cooperative attitudes which bring people, institutions and States together in the fight for protection of goods and values essential to ensure a decent sustainable and promising life for future generations, is essential.

KEY WORDS: Transnationality, transnational governability, environment.

## INTRODUCCIÓN

Los profundos cambios ocurridos a partir de la intensificación del fenómeno de la globalización alteraron de manera irreversible la configuración del Estado Constitucional Moderno, en especial en su pretensión de soberanía. Los nuevos desafíos sociales, económicos y ecológicos; la complejidad y la amplitud de las nuevas demandas transnacionales, a medida que surgen colocan a prueba y denuncian las limitantes de la capacidad resolutoria del modelo de organización política y jurídica estatal territorializado que hoy existe.

En este contexto, surge un escenario receptivo para que se discutan y teoricen nuevas estrategias y formas de gobernabilidad que, considerando la importancia de las esferas del poder local, proyecten la protección efectiva del medio ambiente para la comunidad mundial.

El tema es actual y relevante, en especial considerando que fue incluida la temática de la gobernabilidad como uno de los asuntos centrales de Río+20. Así, este artículo analiza inicialmente la evolución y el agotamiento de los Estados Modernos para garantizar la sostenibilidad en todo el planeta. A continuación, se evalúa la necesidad del surgimiento de nuevas y efectivas estrategias políticas y jurídicas de gobernabilidad transnacional ambiental, teniendo los desafíos globales ambientales como su principal factor desencadenante y los principios de la cooperación y de la solidaridad como fundamentales.

Para cumplir con los objetivos del presente artículo, gobernabilidad ambiental se define como: conjunto de iniciativas, reglas, instancias y procesos que permiten a las personas, por medio de sus comunidades y organizaciones civiles, ejercer el control social, público y transparente de las estructuras estatales y de las políticas públicas, por un lado, y de la dinámica y de las instituciones del mercado, por otro, visibilizando alcanzar objetivos ambientales sustentables. Así, gobernabilidad ambiental comprende tanto mecanismos gubernamentales como informales y/o no estatales. Significa la capacidad social (los sistemas, sus instrumentos e instituciones) de dar rumbo, o sea, orientar las conductas de los Estados, de las empresas, de las personas en torno a ciertos valores y objetivos ambientales de largo plazo para la Sociedad transnacional.

### I. EVOLUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO PARA LA SOSTENIBILIDAD GLOBAL

Hasta la Primera Guerra Mundial los Estados desempeñaban un papel formal, pasivo y de corte abstencionista, de escasa participación, puesto que las Constituciones solo proclamaban los derechos individuales clásicos de primera generación que eran

ejercidos, como regla, directamente por los ciudadanos. Las esferas económicas y sociales se autorregulaban. Esto supuso la existencia de un consenso de base ideológica por parte de los grupos que formaban la opinión pública y controlaban todos los medios de comunicación de la Sociedad (CRUZ, 2004: 104).

Sin embargo, con la evolución de la Sociedad, este modelo estatal se mostró incapaz de atender las nuevas demandas del nuevo orden social masificado e hipercomplejo<sup>1</sup>. Por esto fue fundamental un cambio contundente de actitud y función, porque si en el Estado liberal la estrategia de acción era no interferir para preservar los derechos liberales (libertad, propiedad, entre otros), en el Estado Social se hizo necesaria una actitud positiva para garantizar los derechos por intermedio del Estado, que pasó a ser responsable por una gran cantidad de prestaciones sociales, como, por ejemplo, salud, educación, seguridad pública.

Es así como, a partir de 1917 y 1919, las Constituciones pasaron a establecer un nuevo papel a los Estados. Ya no era suficiente garantizar la libertad formal y la independencia jurídica del individuo, también pasó a ser imprescindible la creación de condiciones para el alcance de la independencia social. Así, se legitima la intervención del Estado con un papel de destacada relevancia al corregir situaciones de injusticia generadas por el individualismo.

A partir de ese momento, ocurrió una profunda redefinición en el papel de los Estados y su relación con la Sociedad. Los derechos pasaron a ser otorgados por medio de los Estados y estos pasaron a interferir con más fuerza en la Sociedad mediante el establecimiento de obligaciones y pautas de conducta, todo para garantizar la solidaridad social. Con todo, es importante, especialmente en los países en desarrollo, que el Estado tenga el tamaño correcto, o sea, que desempeñe solo aquellas funciones imprescindibles para la promoción de la justicia social, y para concretar la solidaridad en todos los planes. Atender la función social, como articuladora estratégica de la solidaridad social, solo será posible sin interferir en las funciones de la Sociedad libre y el respeto del protagonismo colectivo e individual, pues este debe ser alcanzado sin el actuar paternalista de los Estados.

Al abordar los excesos del Estado de bienestar, el español Fernando Suárez (1997: 100) propone sustituir el Estado de bienestar por la Sociedad del bienestar, exactamente para que esta pueda recuperar la responsabilidad y el poder de acción perdidos. Defiende que, “desde una perspectiva humanista, no se puede aceptar que la responsabilidad por la suerte de nuestros conciudadanos recaiga sobre los hombros del Estado”.

---

<sup>1</sup> Hipercomplejidad significa, para el objetivo del presente artículo, el aumento exponencial de la complejidad en la Sociedad de riesgo ocasionado por la intensificación de la globalización económica, social, y cultural.

En la evolución histórica del papel de los Estados y de la configuración de los derechos, también es valioso el análisis de las relaciones establecidas entre el Estado y la Sociedad. Estas relaciones, que muchas veces fueron marcadas por tensiones y colocaron en cuestionamiento la legitimidad de determinadas imposiciones estatales o de determinados papeles por estos desempeñados, ahora deben estar sintonizadas en la búsqueda de objetivos comunes.

Las lecciones históricas aprendidas de las múltiples y complejas relaciones entre la Sociedad y el Estado dejaron como legado que el Estado no debe suplantar ni sustituir la Sociedad, pero sí la apoyarla mediante estrategias de promoción y articulación solidaria.

En el contexto de la Sociedad de riesgo<sup>2</sup>, hipercompleja y policonflictiva, la relación entre el Estado y la Sociedad debe ser de asociación y cooperación. A partir del surgimiento de los nuevos derechos de tercera generación, en especial el derecho al ambiente saludable y equilibrado, se impone una redefinición del modo de organización política estatal. El Estado debe garantizar los derechos de libertad y proveer derechos sociales, pero debe hacerlo en común acuerdo con la Sociedad, e incluir a las futuras generaciones y toda la comunidad de vida, en condiciones ideales de habitabilidad.

A partir de los nuevos desafíos generados por la crisis ecológica y que caracterizan la Sociedad de riesgo, se teoriza acerca de la necesidad de la consolidación de un Estado de Derecho Ambiental o Estado Ecológico, especialmente considerando sus nuevas funciones y el contenido de las nuevas Constituciones democráticas. Esta necesidad gana relevancia en una perspectiva transnacional<sup>3</sup>.

La protección y la defensa de la integridad ambiental es una de las funciones más importantes de un Estado comprometido con la sostenibilidad. En Brasil, por ejemplo, la Constitución de la República de 1988, siguiendo las tendencias de las Constituciones brasileñas que la precedieron, redimensiona el papel del Estado, confiriéndole un profundo contenido social y ambiental –contenido este que se agrega a los institutos jurídicos, como ocurre con la función social y ambiental de la propiedad–.

Antônio Herman Benjamin (2007: 121) explica que la Constitución de la República de 1988 instituyó una verdadera orden pública ambiental, hecho este que conduce el Estado de Derecho Social y el modelo político-económico a que asumieran también la forma de Estado de Derecho Ambiental.

---

<sup>2</sup> Sobre la Sociedad del riesgo, ver Beck (2010), especialmente la primera parte.

<sup>3</sup> Sobre el tema ver Bodnar y Cruz (2008).

La atención especial conferida por las Constituciones llevó a la doctrina internacional a reflexionar acerca de la existencia de un verdadero Estado de Derecho Ambiental o, como denominó Gomes Canotilho (2004: 3 y ss.), “Estado Ecológico”, eso a partir de la obra de Steinberg R. *Der Ökologische Verfassungsstaat*, 1998. Independiente del acierto científico de este adjetivo, el importante no es el calificativo que se agrega en la caracterización del Estado Democrático de Derecho, pero sí los valores, principios, deberes y misión que deben orientar su actuar<sup>4</sup>.

En este contexto, se debe reconocer la importancia de esta construcción teórica que posee el mérito de destacar que los Estados, incluidos los Poderes Judiciales, Ejecutivo y Legislativo, deben pautar su actuar en los valores, principios y deberes estatuidos en las Constituciones para asegurar la integridad ambiental.

Dentro de las funciones del Estado de Derecho Ambiental es necesario destacar el papel de promoción, transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales, funciones estas que también deben ser implementadas por intermedio de las instituciones. Conforme destaca Araújo (2007), cuando se hace referencia a un Estado de Derecho Ambiental, significa que la preocupación ambiental es el vector determinante del comportamiento estatal en la actualidad y con consecuencias prácticas.

La solidaridad social pasa a ser entonces la razón de la existencia, fuente de legitimación y mayor objetivo a ser alcanzado en este nuevo modelo de Estado Ambiental. Esto porque, con base en la cooperación global y con la articulación de la solidaridad a gran escala, será posible alcanzar los objetivos de un mundo sostenible.

A pesar de la innegable importancia del desarrollo y de la consolidación de verdaderos Estados de Derecho Ambiental, regidos por principios y comprometidos con el cumplimiento de sus deberes ecológicos, esta forma de organización política no será suficiente como estrategia de gobernabilidad para alcanzar la protección efectiva del medio ambiente, porque las cuestiones ambientales tienen vocación esencialmente transnacional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Conforme Armandino Teixeira Nunes Jr.: “A edição do Estado de Direito Ambiental converge, necessariamente, para mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada, de modo a apontar caminhos e oferecer alternativas para a superação da atual crise ambiental [...]. Busca-se assim um novo paradigma de desenvolvimento, fundado na solidariedade social, capaz de conduzir à proteção (concreta) do meio ambiente e à promoção (efetiva) da qualidade de vida”. NUNES JR., Armandio Teixeira. Estado de Direito ambiental. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 163, p. 297-307, jul./set. 2004

<sup>5</sup> Morato y Ayala (2004: 29) también consideran la des-regulación del Estado en dos etapas: “novos fenômenos de dimensão global e a intensificação da pressão exercida por entidades não governamentais de alcance transnacional”.

## 2. NECESIDAD DE NUEVAS Y EFECTIVAS ESTRATEGIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE GOBERNACIÓN TRANSNACIONAL AMBIENTAL

La crisis ecológica, además de ser espacialmente global, no significa solo el desacuerdo entre la generación de bienes y servicios ambientales y su utilización antrópica. En realidad es una crisis propia de la civilización contemporánea. El modo de organización política ya no es adecuado para las nuevas demandas transnacionales. El Derecho, como estrategia de gestión de conflictos y de articulación de la solidaridad, también está fracasando por no fomentar la mejora continua en las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, este hecho permite el aumento de la crisis de valores que es también cultural y espiritual.

Este cuadro impone pensar y reconfigurar las estructuras políticas<sup>6</sup>, las instituciones y el propio Derecho, que no puede ser solo una simple técnica de control social.

Las profundas alteraciones ocurridas en la actualidad, y aún en continua y progresiva marcha, agravan los problemas sociales y ecológicos, generando múltiples y complejas situaciones de injusticia socio-ambiental y dificultades de gobernabilidad. Para superar la crisis/carencia global de gobernabilidad se requiere, entre otras medidas: ciudadanía planetaria con intensa y calificada participación y control social; solidez institucional; instrumentos legales efectivos y coherentes; fortalecimiento de capacidades y profesionalización; enfoque holístico, sistemático e integrado; intercambio de informaciones y de mecanismos de control; reparto solidario de costos y principalmente de beneficios.

El punto de partida para este cambio imprescindible es la necesidad de una fuerte conciencia general que impulse y desencadene nuevas actitudes cooperativas y solidarias en escala global<sup>7</sup>. El ejercicio sustancial de una ciudadanía ambiental planetaria es imprescindible para cambios duraderos y consecuentes. Se necesita del fortalecimiento de los espacios públicos y de control social especialmente calificado y amplio, o sea, una democracia transnacional para conducir y reorientar prácticas y acciones impuestas solo para atender la lógica de mercado dominante<sup>8</sup>.

Federico Mayor Zaragoza (2002: 18) alerta sobre la carencia de un marco ético de escala planetaria, la falta de democracia en el ámbito global, y enfatiza que la democracia, que forma un triángulo interactivo que comprende la paz y el desarrollo, no puede reducirse a los límites nacionales, y se extiende al mundo en su conjunto. Es como destaca Boaventura de Sousa Santos (2006: 1): "El movimiento democrático transnacional es la única señal de esperanza en la lucha contra la iniquidad del mundo en que vivimos".

<sup>6</sup> Sobre el tema se recomienda leer: Cruz y Sirvent (2006).

<sup>7</sup> Sobre el tema se recomienda leer: Cruz y Sirvent (2006).

<sup>8</sup> Sobre el tema se sugiere: Cruz y Ferrer (2010).

Este camino de cambio debe proseguir con la redefinición de la idea clásica de Nación<sup>9</sup> y reconfiguración de la idea de Estado y para que sea también posible la emergencia de nuevos espacios públicos de regulación, intervención y gestión<sup>10</sup>.

Al hablar de la formación de las naciones, como materia prima de los Estados, Maurice Hauriou (2003: 35-36) las define como: “grupos de población establecidos en un territorio, unidos por un lazo de parentesco espiritual que envuelve el pensamiento de la unidad del mismo grupo”. Explica que el vínculo de parentesco espiritual no se refiere al respeto de las creencias, pero sí a la forma de pensar, actuar, en suma, a la misma mentalidad. Destaca también el pensamiento y la voluntad de unidad nacional como elemento imprescindible para caracterizar una nación. Y añade que el sentimiento que anima cada corazón es el amor a este medio nacional que se llama patria.

Esta concepción, basada en lo que el autor llama parentesco espiritual, ya no es suficiente para unir éticamente vínculos duraderos y la imprescindible sensación de pertenecer a una única morada, por la cual todos son responsables y de la cual depende necesariamente el destino común.

La unidad de lengua y religión no son la justificación para la homogeneidad de determinación del pueblo. En muchos países hay dos o más lenguas oficiales, como en Suiza, por ejemplo, que es poliglota. El pluralismo religioso también hoy es un fenómeno común en prácticamente todas las naciones modernas.

Las grandes causas nacionales, históricamente defendidas, también han justificado la eclosión de guerras mundiales, y hoy no siempre aparecen con propósitos éticamente sustentables, considerando los objetivos no tan nobles de determinados líderes nacionales.

La conquista de nuevos territorios con el sacrificio de los derechos humanos, así como el dominio e imposición de culturas, son proyectos que deben ser repudiados en el actual estado de desarrollo de la civilización. Finalmente, de que valen las glorias comunes del pasado si no hay un propósito ético noble y grandioso para el futuro. La madurez de la civilización debe ser medida por el grado de compromiso con la garantía de los Derechos Humanos, con la consolidación de la paz y de la sostenibilidad. Estas sí deben ser las grandes causas de un mundo transnacionalizado.

Se puede cuestionar si un modelo de democracia transnacional para el orden global alterara la dinámica de producción y distribución de recursos y las reglas de creación y ejecución en la era contemporánea. Sin embargo, independiente de los resultados, considerando la amplitud de los desafíos, es innegable que la estructura

---

<sup>9</sup> El concepto de Nación es algo en constante construcción, o sea, se forma históricamente atravesado por influencias culturales, políticas, jurídicas y sociales. Esta dinámica evolutiva es observada con mayor intensidad en la actualidad.

<sup>10</sup> En esta línea de reflexión: Cruz y Bodnar (2010).



de cualquier proyecto de civilización debe estar anclada en el intenso y efectivo control social y en la amplia y calificada participación popular y definitivamente no podrá estar solo a servicio del capital global<sup>11</sup>.

La sensación de que todos los ciudadanos pertenecemos planeta es y debe ser mundial. Se trata de un llamado a la cooperación y a la solidaridad en todos los niveles y dimensiones, para que sean superadas las formas individualistas de vivir, de concebir y percibir el prójimo y de actuar de los Estados Modernos, basados en principios y valores individualistas.<sup>12</sup>

En la búsqueda del ideario de la “paz perpetua”, fundada en la razón y en la inteligencia humana, Kant ya sugería la formación de una alianza entre los pueblos, que no sería lo mismo que un Superestado incluyendo pueblos y territorios, ya que en su concepto cada Estado tiene y debe conservar su individualidad. La alianza de los pueblos resultaría de un contrato mutuo entre Estados libres, unidos por objetivos y compromisos comunes (KANT, 1989: 43 y ss.) y sería fundamentada en un “Derecho Cosmopolita”. El derecho de visita y de hospitalidad promoverían la comunicación y la relación pacífica entre personas de los más varios puntos del mundo y contribuirían para transformar en realidad el ideal de una “Constitución cosmopolita”. Enfatizaba el filósofo alemán que ese deseo no era una simple fantasía, “es un complemento necesario del código no escrito tanto del derecho del Estado como del derecho de gentes para un derecho público de los hombres en general y, así, para la paz perpetua [...]” (KANT, 1989: 43).

La idea de una comunidad cosmopolita no es reciente, sin embargo no puede ser un proyecto impositivo de un saber o de una cultura dominante, pues cualquier proyecto consecuente de reconfiguración de las esferas políticas y jurídicas, no necesariamente en la forma de comunidad única, debe corresponder a los anhelos legítimos de todas las naciones y efectivamente caracterizar una pauta axiológica de consenso de todos los pueblos.

El nuevo orden mundial, influenciado por diversos factores existentes en la intensificación del fenómeno de la globalización, hace oportuna y necesaria la discusión sobre la organización de espacios públicos transnacionales que viabilicen la democratización de las relaciones entre Estados, relación fundada en la cooperación y solidaridad con el objetivo de asegurar la construcción de las bases y estrategias para la gobernabilidad, regulación e intervención transnacionales<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sobre la crítica contundente al modelo actual del Estado, como siervo del capital global, se sugiere la lectura de Santos y Rodríguez (2007: 50 y ss.).

<sup>12</sup> Maurice Hauriou (2003: 68 y ss.) explica que la base del Estado Moderno está formada por principios individualistas y que las declaraciones de derechos también contribuyen para la construcción de la orden jurídica individualista.

<sup>13</sup> En Brasil, una publicación de la Fundación Getúlio Vargas, en octubre de 1998, proyectaba una nueva realidad transnacional: “Poderosas corrientes económicas, financieras e tecnológicas estão rompendo as fronteiras nacionais e desenhando uma nova geografia. Por sua vez, o Estado, tal qual concebemos hoje, caminha para fantásticas transformações”. En: O novo Estado transnacional. Indicadores Sociais, octubre de 1998, conjuntura económica. p. 40-42.

En el mismo sentido, Tomas Villasante (2003: 63) sugiere que la “internalización” del Poder Público de la modernidad probablemente cederá paso al proceso de transnacionalización del Poder Público<sup>14</sup>. De lo contrario, la incapacidad del Estado Constitucional Moderno<sup>15</sup> podrá conducir a la civilización a peligrosas posiciones de enfrentamiento.

En la actualidad se cuestiona la concepción de Estado Moderno como modelo de construcción político-jurídico capaz de hacer frente a la complejidad del ambiente transnacional global. Como se ha observado, los intensos cambios ocurridos en la Sociedad actual exigen también nuevas estrategias de gobernabilidad, regulación e intervención. Las complejas demandas de la realidad transnacional<sup>16</sup> no están siendo atendidas de manera adecuada por las instituciones nacionales, este hecho potenciará situaciones de riesgos y amenazas a bienes transnacionales fundamentales.

En este contexto de crisis multidimensional, surge un escenario que permite la creación de nuevas instituciones políticas y jurídicas capaces de agregar y articular actitudes solidarias y cooperativas, involucrando personas, instituciones y Estados en la lucha por la protección de bienes y valores imprescindibles para asegurar una vida plena y duradera en el planeta.<sup>17</sup>

A partir de constatar que la gobernabilidad fue uno de los temas principales de Río+20, el objetivo de esta agenda fue articular estrategias de largo plazo e involucrar el mayor número de países e instituciones, con o sin la participación del Sistema de las Naciones Unidas y sus programas, para viabilizar actitudes concretas y con dimensión planetaria para el tema ambiental.

En esa línea Gabriel Real Ferrer (2002) defiende que el modelo estatal de organización política considera patrimonio los recursos naturales y los somete a un supuesto beneficio exclusivo de determinados ciudadanos nacionales, lo que es totalmente incompatible con la gestión de bienes pertenecientes a toda la humanidad, y así hay necesidad de que la gestión de determinados recursos sea atribuida a entes supraestatales representativos de toda la especie humana.

---

<sup>14</sup> Sobre la transnacionalización del Derecho y del Estado se sugiere la lectura de: Cruz y Stelzer (2009).

<sup>15</sup> Por Estado Constitucional Moderno se entiende aquel tipo de organización política surgida de las revoluciones burguesa y norteamericana en los siglos XVIII y XIX, que tuvieron como principales características la soberanía asentada sobre un territorio, la división tripartita de los poderes y la paulatina implementación de la democracia representativa (CRUZ y BODNAR, 2009: 3).

<sup>16</sup> Sobre la insuficiencia del modelo actual de Estado, en la perspectiva fiscal, ver Bodnar (2005). En este libro, se defiende la necesidad de “uma nova feição ao Estado - ‘Estado Transnacional’” en el cual el centro del poder no puede estar limitado geográficamente, y su legitimidad debe asegurar la efectiva protección otorgada a los derechos humanos.

<sup>17</sup> Michel Bachelet (1995: 19) es enfático al afirmar que: “A menos que a Sociedade internacional aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma Solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados da SIDA e dos jogos da economia mundial”.

Es también importante destacar que se está viviendo una acelerada etapa de transición de las nuevas formas de organización, en escala mundial. En ese contexto, la globalización solo tendrá sentido y será verdaderamente universal si es capaz de estructurar y crear un conjunto de relaciones de un nuevo tipo, más solidario, inclusivo y democrático.

Además de la reorganización de la vida política y jurídica también es necesario revitalizar las normas, con la intención de superar las fronteras caprichosas de los Estados. Eso se entiende y está diseñado no solo como consejo, sugerencia o argumento retórico sin consecuencias.

Se trata de una innegable tendencia ya constatada por la doctrina especializada. Paulo Canelas de Castro (2007: 815) explica que la globalización impulsó la juridización y judicialización. Ese fenómeno también se caracteriza por dar menor relevancia de las fronteras nacionales, constantemente surcadas por fenómenos migratorios, comerciales y ambientales transfronterizos. A partir de esa nueva realidad, los Estados tuvieron que realizar acuerdos para la emisión de reglas tipo: “más allá de las fronteras”, o reglas “transnacionales”, que son diferentes de las reglas internacionales tradicionales, o reglas de buena vecindad, y regulan no solamente la conducta de los Estados relativos a otros Estados y sus propias Sociedades.

El ordenamiento jurídico transnacional debe ser estructurado como un conjunto o sistema, basado en una pauta axiológica común<sup>18</sup> mínima necesaria para garantizar la sostenibilidad en escala global y también debe ser dotado de fuerza coherente en la perspectiva nacional y transnacional.

En la perspectiva de la producción del Derecho, como ejemplo de práctica jurídica transnacional, que ilustra muy bien las ideas defendidas en este trabajo, se pueden citar las convenciones que versan sobre la protección global de la cuestión vital ambiental, en especial a ECO/92, elaborada en Río de Janeiro.

Se trata de uno de los más completos y amplios instrumentos destinados a la protección de bien jurídico transnacional, que, a pesar de su notable calidad propositiva, se muestra deficiente en su implementación en nivel global por falta de capacidad coherente, o sea, de institutos capaces de hacer concreta su aplicación como norma jurídica.

Sin embargo, la emergencia de nuevas formas de gobernabilidad y de producción del derecho no puede ser una imposición consecuente de la victoria del más

---

<sup>18</sup> La referida pauta debe ser establecida por un consenso de valores, en especial el medio ambiente, considerando el hecho de que su protección no podría ser viabilizada eficazmente por intermedio de instituciones nacionales, comunitarias o internacionales actualmente existentes.

fuerte<sup>19</sup>, debe ser el resultado de la emancipación de valores, posiciones jurídicas y subjetividades olvidadas, frágiles y en situación de riesgo manifiesto, como es el caso del medio ambiente especialmente en su perspectiva futura.

Aunque existe la necesidad de un nuevo paradigma jurídico<sup>20</sup>, más flexible, plural y democrático y no tan dependiente del sistema económico, aún falta teorizar y conquistar en este campo, que es aún incierto en su configuración<sup>21</sup>.

Graciela Chichilnisky (2009), profesora de Economía en la Universidad de Columbia y una de las economistas más respetadas en la actualidad, al comentar la crisis económica, destaca la necesidad de nuevas instituciones mundiales y de una nueva economía mundial, que sea intensiva en el uso del conocimiento y conservadora en el uso de los recursos.

Entre los autores que teorizan sobre las nuevas formas de organización estatal, merece destacarse la propuesta del sociólogo alemán Ulrich Beck (2004: 132) cuando sugiere la sustitución de las relaciones “internacionales” de conflicto y/o disputa por relaciones “transnacionales” de solidaridad y cooperación.

Ulrich Beck (2001: 100) enfatiza que la transnacionalización es una conexión fuerte entre los espacios nacionales, de manera que no sea pensada internacionalmente, y sí como el surgimiento de algo nuevo, de un espacio transversal que ya no se ensambla en las viejas categorías modernas.

La liberalización del mercado mundial, como escribe Habermas (2001: 99), avanzó mucho. La movilidad del capital se aceleró y el sistema industrial fue modificado, saliendo de la producción masiva y adecuándose a las necesidades de la “flexibilidad post-fordista”. Con los mercados cada vez más globalizados, el equilibrio se alteró, perjudicando claramente la autonomía y la capacidad de acción político-económica de los Estados constitucionales modernos.

El Derecho Internacional, aun considerando la creación de nuevas estructuras y organizaciones interestatales, no genera mecanismos eficaces de gobernabilidad, regulación, intervención y coerción para las demandas transnacionales. Aún el Derecho Comunitario, que regula una de las manifestaciones del nuevo orden mundial, caracterizado por nuevas relaciones y nuevas manifestaciones de actores

---

<sup>19</sup> Sobre este tema siempre oportunas las lecciones de Boaventura de Sousa Santos, cuando advierte que la nueva gobernabilidad no puede ser el triunfo de la legalidad o del proyecto neoliberal que silencia conceptos como: transformación social, participación, contrato social, justicia social (SANTOS y RODRÍGUEZ, 2007: 33, 36).

<sup>20</sup> Sobre el tema se recomienda consultar: Cruz y Bodnar (2011).

<sup>21</sup> Al reflexionar sobre el paradigma jurídico de la globalización, Alfonso de Julios-Campuzano afirma que en estos tiempos de crisis de paradigma, no solo es el Estado el que es débil, sino también el modo jurídico de la producción: su estructura jerárquica, su configuración y dimensiones. Llega a la conclusión de que la ley estatal no es la única manera de defender la legalidad del pluralismo jurídico (JULIOS-CAMPUZANO y BELLOSO, 2008: 49 y ss.).

e instituciones, no presenta bases teóricas suficientes para la caracterización de uno o más espacios públicos transnacionales.

La gran diferencia cualitativa de una gobernabilidad internacional para nuevas estrategias de gobernabilidad transnacionales está exactamente en la forma de articulación entre el poder local y el global, o sea, no es posible prescindir de la indispensable asociación cooperativa de las esferas locales de poder.

La gobernabilidad transnacional podrá surgir de nuevos espacios públicos plurales, solidarios y cooperativamente democráticos y libres de las ataduras ideológicas de la modernidad, consecuentes de la intensificación de la complejidad de las relaciones globales, dotados de capacidad jurídica de gobernabilidad, reglamentación, intervención-coerción, con el objetivo de proyectar la construcción de un nuevo pacto de civilización (CRUZ y BODNAR, 2009: 5).

El surgimiento de nuevas estrategias globales de gobernabilidad, reglamentación e intervención, basadas en un paradigma de aproximación entre pueblos y culturas, en la participación consciente y reflexiva del ciudadano en la gestión política, económica y social, debe ser un nuevo y estratégico proyecto de civilización para el futuro, pautado en la conciencia crítica acerca de los límites de los bienes ambientales y en la responsabilidad global y solidaria por su protección.

### **3. LOS DESAFÍOS ECOLÓGICOS GLOBALES COMO FUNDAMENTO DE LA GOBERNABILIDAD TRANSNACIONAL**

Los daños al medio ambiente afectan la colectividad, traspasan fronteras, afectan las futuras generaciones, la comunidad de vida y los elementos bióticos que le dan sustento, y definitivamente no respetan los límites territoriales de los Estados.

Como principal característica del Derecho Ambiental está su perspectiva global. Considerando la forma por la cual los ecosistemas se relacionan y la vida se desarrolla en todo el planeta, es imposible implementar una tutela efectiva del medio ambiente restringida en un determinado país o territorio delimitado.

Al analizar las características del Derecho Ambiental, Loporeta Rota (1998: 27-28) enfatiza su vocación espacialmente planetaria y denuncia que la organización de la Sociedad humana en Estados, supuestamente soberanos, hace que el ámbito de aplicación de sus normas sea restringido a los límites de sus fronteras y esto no sirve para el Derecho Ambiental, ya que el objeto sobre lo que se proyecta no se puede someter a las caprichosas líneas que hemos trazado. Defiende que la protección de la biosfera no es compatible con este esquema y tampoco el Derecho que la defiende, pues necesita de herramientas comunes a todos los ciudadanos y países.

Martín Mateo (1997: 58) apunta que es la disposición institucional parcelar la tierra en Estados soberanos, que inviabiliza el establecimiento de un orden mundial coherente para sistemas naturales intrínsecamente planetarios.

En esta misma línea de raciocinio, Leff (2005: 31) explica que hoy el concepto de ambiente se enfrenta con las estrategias económicas de globalización y la reinención de un mundo (conformado por una diversidad de mundos) que “abre el cerco de la orden económica-ecológica globalizada”. Destaca que:

[...] el principio de sostenibilidad surge como una respuesta a la fractura de la razón modernizadora y como una condición para construir una nueva racionalidad productiva, fundada en el potencial ecológico y en nuevos sentidos de civilización a partir de la diversidad cultural del género humano.

Silvia Jaquenod de Zsögön (2008: 207) enfatiza la necesidad de nuevos límites geopolíticos para la gobernabilidad de los recursos naturales, enfatizando que la posición basada en la cooperación y en el compartir supera la situación real entre Estados. En una perspectiva ecológica son evidentes las actuales limitaciones consecuentes del ordenamiento de las esferas de poder, coerción, fomento y gestión. Francisco Díaz Pineda (citado por ZSÖGÖN, 2008: 6, prólogo), catedrático de Ecología de la Universidad de Madrid, explica que los sistemas naturales y prácticamente todos los sistemas culturales tienen poco que ver con la “delimitación de fronteras en un mapa”, pues el ciclo del agua, la dinámica del aire o los movimientos migratorios biológicos “no entienden de fronteras”.

Martín Mateo (2002: 54, 73) también es categórico al afirmar que la biosfera es única, ínter-relacionada y olímpicamente ajena a la jurisdicciones nacionales y celosas soberanías. Y añade:

[...] el Derecho que estamos familiarizados es de ámbito nacional, emana de organizaciones peculiares con límites físicos rígidos y trazados en las fronteras del territorio en que se ejerce soberanía. Sin embargo los sistemas ambientales tienden a ser indefinidamente globales y, por lo tanto, ignoran olímpicamente la geografía política interior.

En este contexto, es correcta la comprensión de Arnaldo Miglino (2007), al sostener que el problema ecológico probablemente llevará a la creación de un centro de poder transnacional que supere la ideología y la estructura jurídica de las relaciones internacionales.

La salvaguarda del ambiente podrá ser asegurada de forma más eficaz si la tutela fuese más amplia que las fronteras de los Estados, a través de poderes de gobierno y de jurisdicción que sobrepasen los límites de la soberanía estatal (CORDINI, 1997: 7).

Todos los aspectos, expuestos por los autores arriba citados, ponen en evidencia la necesidad de superar la lógica de las relaciones internacionales, basada en la creación de reglas bilaterales o multilaterales<sup>22</sup>, sin jurisdicción real y concreta efectividad, porque no vinculan directamente los potenciales y principales contaminadores, tan solo los Estados contratantes.

Los desafíos ecológicos también presentan innegables ventajas cualitativas en la teorización de nuevas estrategias globales de gobernabilidad. Esto porque entre los principios generales del Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad se encuentran la cooperación y la solidaridad, que servirán como pilares en la edificación de esta nueva y necesaria orden de gobierno.

La cooperación y la solidaridad deben ser los grandes fundamentos de la gobernabilidad transnacional ambiental. Sin una actuación global cooperativa ningún proyecto de civilización futuro será exitoso. La solidaridad también es imprescindible como razón de existencia, fuente de legitimación y objetivo mayor a ser alcanzado por este nuevo modelo de gobernabilidad.

Ya en 1945, en el Preámbulo de la Declaración de la UNESCO, Declaración y Programa de Acción sobre la Cultura de Paz de la ONU, la solidaridad intelectual y moral constaba como directriz fundamental. De la misma forma la “Carta de la Tierra” (2000) también preconiza la necesidad de una “base ética sólida para la Sociedad civil emergente y ayuda en la construcción de un mundo sustentable basado en el respeto a la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz”.

La Constitución Española de 1978, en su Artículo 45, preceptuaba que la protección del medio ambiente se concretiza con la indispensable solidaridad colectiva. En Francia ya desde 1946 hay en la Constitución referencia directa al principio de la solidaridad. En diversos países la solidaridad consta como objetivo a ser alcanzado por los Estados y también como valor fundamental directamente relacionado con la protección y la defensa del medio ambiente, inclusive en su dimensión solidaria intergeneracional.

Conforme con lo anterior, destaca Gabriel Real Ferrer (2003), la solidaridad es el fundamento de cualquier grupo humano y también del Estado, indispensable para la cohesión social y para generar la indispensable sensación de pertenencia entre los ciudadanos. También es enfático al afirmar que la eficacia de las soluciones

---

<sup>22</sup> Como ejemplo de tutela de bienes ambientales realmente planetarios, para la lógica del Derecho Internacional Clásico, se cita la Convención de Ransar, que establece la cooperación internacional para la protección de humedales situados en las zonas fronterizas, por intermedio de acuerdos interestatales. Entre los acuerdos celebrados, se citan los siguientes ecosistemas: a) Parque Transfronterizo Lagos de Prespa (Albania, Grecia y Ex-República Yugoslava de Macedonia); b) Polisie (Bielorrusia, Polonia y Ucrania); c) Vallé de Haute-Sûre, creado por Bélgica y Luxemburgo, entre otros.

depende de la alteración de la organización social del planeta y que la solidaridad debe tener aplicación generalizada no solo en la perspectiva ética, también como principio jurídico formalizado (FERRER, 2002).

Aunque no es el objetivo específico de este trabajo teorizar acerca de la forma por la cual se institucionalizan o implementan las nuevas estrategias de gobernabilidad transnacional ambiental, desde ahora es posible anticipar que la gobernabilidad transnacional no depende solo de la creación de sofisticadas y complejas instituciones, más bien, de actitudes concretas vueltas a la protección efectiva de bienes jurídicos de vocación planetaria, por parte de instituciones, organismos y autoridades locales y transnacionales.

En este sentido, la gobernabilidad ambiental transnacional será un *locus* privilegiado para incorporar, en las directrices de conductas dictadas en cada país, los valores éticos y principios que ya están teóricamente expuestos en las declaraciones y recomendaciones de los organismos internacionales, o sea, para la consolidación gradual de un espacio público transnacional que suministre respuestas más satisfactorias y consecuentes para los días venideros.

Otra cuestión que debe ser especialmente fomentada, en términos de gobernabilidad transnacional ambiental, es consolidar y crear órganos judiciales de vocación universal para la tutela del medio ambiente<sup>23</sup>. Sin embargo, antes de la creación de nuevas instancias decisivas, es fundamental que los órganos ya existentes estén sensibilizados y consideren la variable de la sostenibilidad en sus decisiones, aun cuando el objeto de la controversia no guarde relación directa con el medio ambiente.

#### 4. AVANCES Y RETROCESOS EN EL TEMA DE LA GOBERNABILIDAD TRANSNACIONAL EN RÍO+20

Los contenidos tratados en los ítems anteriores permiten concluir que la institución de la gobernabilidad transnacional ambiental efectiva es uno de los temas más importantes de Río+20. Fueron básicamente tres las propuestas. La primera fue la de crear un nuevo organismo en la ONU específico para el área ambiental. La segunda fue dar al PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) un

---

<sup>23</sup> Actualmente son órganos judiciales con vocación universal también para la tutela del medio ambiente: TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); TIJ (Tribunal Internacional de Justicia); TIDM (Tribunal Internacional de Derecho del Mar); CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). También existe la remota posibilidad de que el TPI (Tribunal Penal Internacional) actúe en la defensa indirecta del medio ambiente cuando, por ejemplo, en un crimen de guerra resultasen graves daños para el medio ambiente. En el ámbito de las soluciones de controversias comerciales, la OMC (Organización Mundial del Comercio), que fue creada para fomentar la libre competencia comercial, también pueda actuar en la defensa del medio ambiente, pues varias controversias por competencias son generadas exactamente por la falta o ausencia de medidas y cautelas para con el medio ambiente, un ejemplo muy expresivo fue el caso desarrollado en la importación de neumáticos recauchados.



nuevo estatus, igualándolo a organismos como la OMC (Organización Mundial del Comercio). La tercera propuesta fue promover un mayor poder de la Comisión de Desarrollo Sustentable de la ONU.

Durante Río+20, fue el director ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Achim Steiner<sup>24</sup>, presente a la reunión, quien lideró las discusiones en torno al tema de gobernabilidad transnacional ambiental. La capacidad de gestionar las acciones de medio ambiente en los países de manera sostenible, y la necesidad del fortalecimiento de los órganos que cuidan del sector en todo el mundo, fueron los principales temas discutidos durante la conferencia.

La gobernabilidad transnacional ambiental para el desarrollo sustentable fue uno de los principales propulsores de la mayoría de las discusiones de Río+20. Los debates fueron convergentes para que, independiente del formato que tenga la propuesta de cambio hecha en el PNUMA, lo importante es que se constituya una instancia con autonomía y mandato.

Como ya fue indicado, el tema de la gobernabilidad transnacional ambiental provocó vivo interés y controversia en los debates para la elaboración del documento base de Río+20. Las discusiones giraron en torno al tema de la gobernabilidad ambiental en la estructura de la ONU. Hubo consenso sobre su prioridad en las discusiones. Permanecieron, sin embargo, dudas y divergencias en cuanto al formato que ella debe asumir. De un lado, países europeos defendieron la creación de una organización internacional, la Organización Mundial del Medio Ambiente (OMMA) que, en los modelos de otras entidades (Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de la Salud), sustituiría el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), creado en 1972, en la Conferencia de Estocolmo. Para quienes defendían esta propuesta, tal acción fortalecería políticamente el organismo, aumentaría su presupuesto y aportaría mayor efectividad de las decisiones en el ámbito transnacional. En dirección opuesta, están aquellos que rechazan la creación de otro órgano burocrático, que podría interferir en políticas internas y hasta encubrir acciones proteccionistas de países ricos.

En general, lo más importante fue la aproximación que hubo en dirección a un concepto consolidado de gobernabilidad transnacional ambiental. Esa expresión es repetida con frecuencia últimamente, pero no siempre es comprendida en su debida dimensión, como anota Alcindo Gonçalves (GONÇALVES y COSTA, 2011: 73-102)<sup>25</sup>. Teniendo en cuenta lo que fue debatido durante Río+20, se podría definir como la arquitectura del sistema de gestión transnacional del medio ambiente.

---

<sup>24</sup> Revista *Véja*, Editora Abril, edición de 04/06/2012, p. 36.

<sup>25</sup> Alcindo Gonçalves, Doctor en Ciencia Política por la Universidad de São Paulo. Actualmente es coordinador del Programa de Pós-Graduacion Stricto Sensu en Derecho de la Universidad Católica de Santos - Maestría y Doctorado.

La palabra arquitectura es bien expresiva, en la medida en que traduce el dibujo de la organización y el proyecto de administración de los problemas relativos al medio ambiente, especialmente en lo que concierne a la forma con que ellos serán tratados.

Para entender ese movimiento de consolidación del concepto, es importante considerar los debates actuales sobre el tema. Gobernabilidad sería más que un simple conjunto de formatos de gestión. La categoría se desdoblaría en cuatro planes, que la definirían de un modo mucho más preciso. En primer lugar, es necesario no perder de vista, que cuando se menciona la gobernabilidad transnacional, su carácter es instrumental. Ella es medio y proceso capaz de producir resultados eficaces. Es herramienta importante para la solución de problemas globales, al mismo tiempo en que sus efectos desencadenan procesos (muchas veces largos y complejos) a través de los cuales las cuestiones envueltas son tratadas. En esa línea, la Comisión sobre Gobernanza Global, creada por la ONU a comienzos de los años 90, definió la gobernabilidad como “la totalidad de las maneras por las cuales los individuos y las instituciones, públicas y privadas, administran sus problemas comunes”.

Gobernabilidad solo existe con la participación ampliada en todos los procesos (diagnósticos y estudios preliminares, articulación de intereses, discusión de los problemas, análisis de las alternativas, toma de decisiones, implementación y seguimiento/control). En este segundo punto, es evidente que la gobernabilidad se distingue de los mecanismos clásicos del Derecho Internacional (donde solo sujetos de derecho, como los Estados nacionales o las organizaciones internacionales, participan). La efectiva gobernabilidad transnacional ambiental exige, por lo tanto, la presencia y la implicación activa de Estados y organismos transnacionales al lado de la Sociedad civil, representada por las organizaciones no gubernamentales (ONG), empresas transnacionales y la comunidad científica.

Mientras las acciones gubernamentales son basadas en la coerción, en la obligación de cumplir, los fundamentos de la gobernabilidad estarán en el consenso y en la cooperación. Ese es el tercer aspecto que caracteriza los procesos que envuelven los diferentes actores en la efectividad de la gobernabilidad transnacional ambiental. Aún en la etapa de las divergencias (como entre países ricos y en vía de desarrollo frente a la cuestión de cambio climático y reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, o en las disputas entre empresas y ONG), el objetivo central es construir puntos comunes para poder avanzar, en muchos casos para superar la ineficacia del sistema internacional o minimizar dilemas de acción colectiva, donde algunos quieren evitar los costes de la cooperación sin dejar de usufructuar los beneficios.

Gonçalves también resalta que no hay gobernabilidad sin un conjunto de instituciones internacionales, o sea, de principios, reglas y normas, formales o

informales, que puedan dar cuenta de los problemas, guiar comportamientos y establecer metas para controlar y limitar las acciones que explotan o amenazan el medio ambiente.

Poner en pie el edificio de la gobernabilidad transnacional ambiental es tarea improrrogable. Sin ella, no existe la posibilidad de avanzar en la protección del medio ambiente y en la sostenibilidad. La Organización Mundial del Medio Ambiente sin dudas será un elemento importante para su construcción. No es, sin embargo, el único camino. En ese sentido, la posición de la diplomacia brasileña durante Río+20 fue interesante y realista. Criticó la creación de una agencia ambiental mundial, pero señaló una alternativa: una agencia transnacional sobre desarrollo sustentable, para tratar de modo equilibrado y simultáneo problemas económicos, ambientales y sociales.

La protección al ambiente y la adopción de criterios de sostenibilidad no es un problema aislado, que trata exclusivamente los temas de polución, biodiversidad o cambio climático. Es por medio de la idea del desarrollo sustentable que el ambiente podrá articularse con varias dimensiones: cultural, política, económica y social. Durante Río+20, a pesar de los pocos avances formales existentes, se reforzó la idea de que es preciso no olvidar, en ningún momento, que la gobernabilidad transnacional ambiental será el medio esencial para su promoción. (GONÇALVES y COSTA, 2011: 73-102).

## CONCLUSIÓN

Se demostró a través de la anterior argumentación, que los nuevos desafíos generados por la intensificación de la globalización y por la crisis ecológica multidimensional, que caracterizan la Sociedad de riesgo, hipercompleja y policonflitiva, también generan una crisis de gobernabilidad global sin precedentes y hacen oportuno y necesario el implementar nuevos modelos de gestión y regulación.

La crisis de gobernabilidad transcurre tanto del agotamiento del modelo estatal, limitado por las fronteras territoriales, como también de la insuficiencia del sistema y de la lógica jurídica del Derecho Internacional para la eficaz tutela planetaria del medio ambiente y de la sostenibilidad.

A pesar de los avances, generados por la introducción de postulados ecológicos en las Constituciones de los Estados, aún existe un déficit sustancial en la implementación de las normas ambientales por parte de los Estados, precisamente por la falta de políticas, estrategias de acción y normas con mayor fuerza coercitiva dotadas de eficacia global.

Se incluyó la gobernabilidad como uno de los temas céntricos de Río+20, y a pesar de que los resultados no han sido los más prometedores, fue oportuno y necesario. Finalmente, es por medio de la idea del desarrollo sustentable que el ambiente podrá articularse con varias dimensiones: cultural, política, económica y social. En Río+20, a pesar de los pocos avances formales existentes, quedó reforzada la importancia de la temática de gobernabilidad transnacional ambiental, pues esta estrategia global constituye el medio esencial para promover la sostenibilidad con la dimensión necesaria.

Finalmente, se trata de un momento histórico único para re-pensar las estrategias necesarias para implementar las normas de protección del ambiente en escala planetaria, así como el papel de las instituciones.

En síntesis: el futuro desafía la consolidación de nuevas formas de gobernabilidad, estructuradas como una gran red para la protección del planeta, regidas por principios ecológico-sociales que aseguren alternativas y oportunidades democráticas más incluyentes, participativas y emancipatorias y que tengan como preocupación garantizar un mundo mejor para las futuras generaciones. Solo con nuevas estrategias globales de gobernabilidad, basadas en la cooperación y en la solidaridad, será posible asegurar un futuro con sostenibilidad y justicia (BODNAR y CRUZ, 2008).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A Carta da Terra. (2000). Em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.doc) [Acesso em 15 abr. 2013].
- Araújo, Thiago Cássio D'Avila. (2007). "Estado ambiental de Direito". *Revista da Advocacia Geral da União*, No. 70, Año VII.
- Bachelet, Michel. (1995). *Ingerência ecológica: Direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget.
- Beck, Ulrich. (2001). *Liberdade ou capitalismo*. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi.
- \_\_\_\_\_. (2004). *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34.
- Benjamin, Antônio Herman. (2007). "Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira". In: Gomes Canotilho, José Joaquim e Morato Leite, José Rubens (coords.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- Bodnar, Zenildo. (2005). *A responsabilidade tributária do sócio administrador*. Curitiba: Juruá.
- Bodnar, Zenildo y Cruz, Paulo Márcio. (2008). "Pensar globalmente y actuar localmente: el Estado transnacional ambiental en Ulrich Beck". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Alicante, España, No. 1.
- Castro, Paulo Canelas de. (2007). "Globalização e Direito internacional: rumo ao Estado de Direito nas relações internacionais?". In: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (org.). *Nos 20 anos*

- do Código das Sociedades Comerciais: homenagens aos Professores Doutores A. Ferrer Correa, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora.
- Chichilnisky, Graciela. (2009). *Precisa-se de um novo Bretton Woods*. Em: <http://www.monitormercantil.com.br/mostranoticia.php?id=59210> [Acesso em 15 abr. 2013].
- Cordini, Giovanni. (1997). *Diritto ambientale comparato*. Padova: CEDAN.
- Cruz, Paulo Márcio. (2004). *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá.
- Cruz, Paulo Márcio e Bodnar, Zenildo. (2009). "A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais". In: Cruz, Paulo Márcio (org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá.
- \_\_\_\_\_. (2010). "O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009". *Sequência (UFSC)*, Vol. 31, pp. 319-339.
- \_\_\_\_\_. (2011). "O novo paradigma de Direito na pós-modernidade". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, Vol. 3, pp. 75-83.
- Cruz, Paulo Márcio e Ferrer, Gabriel Real. (2010). "Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica". *Revista Unopar Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais*, Vol. 11, pp. 11-18, 2010.
- Cruz, Paulo Márcio e Sirvent, J. F. C. (2006). "Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno". *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 11, pp. 41-62.
- Cruz, Paulo Márcio e Stelzer, Joana. (2009). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá.
- Ferrer, Gabriel Real. (2002). "La construcción del Derecho ambiental". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona, España, No. 1. Em: [http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf) [Acesso em 15 abr. 2013].
- \_\_\_\_\_. (2003). "La solidaridad en el Derecho administrativo". *Revista de Administración Pública (RAP)*, No. 161.
- Fundação Getúlio Vargas. (1998). *O novo Estado transnacional*. Indicadores Sociais, outubro de 1998, conjuntura econômica.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. (2004). "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada". In: Ferreira, Helini Silvini e Morato Leite, José Rubens. *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Gonçalves, A. F. e COSTA, J. A. F. (2011). *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina.
- Habermas, Jürgen. (2001). *A constelação pós-nacional*. Tradução Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi.
- Hauriou, Maurice. (2003). *Principios del Derecho público y constitucional*. Tradução, Estudio preliminar, Notas y Adiciones Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Camares.
- Julios-Campuzano, Alfonso de y Belloso Martin, Nuria (coords.). (2008). *¿Hacia un paradigma cosmopolita de derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Dykinson.
- Kant, Immanuel. (1989). *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM.
- Leff, Henrique. (2005). *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes.
- Morato Leite, José Rubens e Ayala, Patryck de Araújo. (2004). *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Loporeta Rota, Demétrio. (1998). *Los principios de Derecho ambiental*. Madrid: Civitas.
- Martín Mateo, Ramón. (1997). *Tratado de Derecho ambiental: recursos naturales*. Vol. III. Madrid: Trivium.
- \_\_\_\_\_. (2002). "La revolución ambiental pendiente". In: Mañas, José Luis Piñar. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- Mayor Zaragoza, Federico. (2002). "Prólogo". In: Piñar Mañas, José Luis (dir.) y Utrera Caro, Sebastián F.

- (coord.). *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- Miglino, Arnaldo. (2007). "Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente". Tradução de: Uma comunità mondiale per la tutela dell'ambiente. *Revista Archivo Giuridico*, Roma: Mucchi, Vol. CCXXVII.
- Nunes Jr., Amandio Teixeira. (2004). "Estado de Direito ambiental". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, No. 163.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2006). "A escala do despotismo". *Revista Visão*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Santos, Boaventura de Sousa e Rodríguez Garavito, César A. (eds.). (2007). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos.
- Suárez, Fernando. (1997). "Informe español". In: Marzal, Antônio (ed.). *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Villasante, Tomas. (2003). *Las democracias participativas*. Madrid: HOAC.
- Zsögön, Silvia Jaquenod de. (2008). *Derecho ambiental y sistemas naturales y jurídicos*. Barcelona: Dykinson.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Schmitt Siqueira Garcia, Denise. (2013). "Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável". *JURÍDICAS*, No. 1, Vol. 10, pp. 31-46. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 23 de mayo de 2013

Aprobado el 6 de junio de 2013

# MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO: A GARANTIA CONSTITUCIONAL A UM PATAMAR MÍNIMO DE QUALIDADE AMBIENTAL PARA UMA VIDA HUMANA DIGNA E SAUDÁVEL

DENISE SCHMITT SIQUEIRA GARCIA\*

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

## RESUMO

O presente artigo tem como enfoque teórico o Princípio da Sustentabilidade direcionando os assuntos abordados acerca da dimensão social de tal Princípio. Sendo assim partiu-se de uma abordagem sobre o que seria essa dimensão social, chegando-se a conclusão de que a mesma consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, caracterizando-se como capital humano. Não há como se falar em garantia social sem trazer uma abordagem dos direitos inerentes e necessários a todo ser humano para que este tenha condições de sobrevivência e conseqüentemente de consciência ambiental, portanto, tratou-se do mínimo existencial. O artigo foi finalizado com um destaque relacionado à dimensão social do Princípio da Sustentabilidade e sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O objetivo central desta pesquisa foi analisar os aspectos que norteiam a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade

e os problemas que nortearam, foram: Qual a importância da dimensão social do Princípio da Sustentabilidade para a proteção ambiental? Qual o suporte teórico dessa dimensão social? E por fim se existe previsão legal na legislação brasileira sobre esse tema? A metodologia utilizada foi o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, das categorias básicas dos conceitos operacionais.

**PALAVRAS CHAVE:** Sustentabilidade, dimensão social, mínimo existencial.

\* Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Membro do grupo de pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade”. Pesquisadora do projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e limites da avaliação ambiental estratégica no Brasil e impacto na gestão ambiental portuária”. Advogada. denisegarcia@univali.br

## THE MINIMUM ECOLOGIC EXISTENCIAL: THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE FOR A MINIMUM LEVEL OF ENVIRONMENTAL QUALITY FOR A DECENT AND HEALTHY LIFE

### ABSTRACT

The Principle of Sustainability directing the topics dealt with in the social dimension of such Principle is the theoretical focus of this article. This being the case, it all started from the approach about what would be that social dimension, reaching the conclusion that it consists of the social aspect related to the human beings' qualities characterized as human capital. It is not possible to talk about social guarantee without bringing an approach to inherent and necessary rights to every human being for them to have survival conditions and, consequently, environmental conscience, hence the minimum existential was also dealt with. The article ends with emphasis relating the Principle of Sustainability social dimension and its prevision in the 1988 Federal Republic of Brazil Constitution. The main purpose of this investigation was to analyze the aspects that orient the Principle of Sustainability social dimension and the questions that guided it were: Which is the importance of the Principle of Sustainability social dimension for environmental protection? Which is the theoretical support of that social dimension? And lastly, is there a legal prevision in Brazilian legislation about this topic? The methodology used was the inductive method carried out using bibliographic research techniques, referent techniques, basic categories and operational concepts

**KEY WORDS:** Sustainability, social dimension, minimum existential.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como enfoque teórico a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade e tem como objetivo geral analisar os aspectos que norteiam a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade.

Para o alcance desse objetivo o artigo foi dividido da seguinte forma: considerações introdutórias sobre o Princípio da Sustentabilidade; o mínimo existencial (ou socioambiental) e a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os problemas que o norteiam, foram: Qual a importância da dimensão social do Princípio da Sustentabilidade para a proteção ambiental? Qual o suporte teórico dessa dimensão social? E por fim se existe previsão legal a legislação brasileira sobre esse tema?

### I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

Há muito tempo já se tem falado do Princípio da Sustentabilidade nos dias atuais, porém também é sabido que o enfoque dado a esse Princípio geralmente está ligado à proteção ambiental e ao desenvolvimento econômico. Portanto, antes de adentrarmos diretamente no tema central do presente artigo há que se considerar que esse importante Princípio ambiental possui três dimensões, a ambiental, a econômica e a social, esta última, que será o aporte teórico tratado nesse momento.

O Direito ambiental mundialmente falado passou por várias ondas. A primeira onda destaca-se com a primeira conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1972 em Estocolmo, onde se pode dizer que ocorreu a proliferação de legislação ambiental bem como sua constitucionalização.

Destaca-se também nessa conferência a criação do programa do meio ambiente das Nações – UNEP, o tratamento do direito ambiental como um direito fundamental e o reconhecimento que a maioria dos problemas ambientais está motivado pelo subdesenvolvimento.

A segunda onda ocorreu com a segunda conferência mundial sobre meio ambiente em 1992, sediada na cidade do Rio de Janeiro, sendo que nessa conferência o enfoque era no surgimento de organizações não governamentais, conhecidas pelas siglas ONG, o aumento do número de novos agentes sociais implicados com a proteção ambiental, porém em contrapartida houve o surgimento de uma geração de fotocópias de nomes sem levar em consideração a realidade social e econômica. O grande destaque que se pode dar foram às discussões surgidas acerca das dimensões da sustentabilidade.

Destaca-se a criação da Comissão Mundial sobre o meio ambiente, o protocolo de Kioto, a convenção sobre a diversidade biológica, estabeleceu-se a estreita relação entre pobreza mundial e a degradação ambiental e houve a criação da agenda 21 com o objetivo de iniciar a implantação do desenvolvimento sustentável.

A terceira onda ocorreu com a conferência mundial sobre o meio ambiente em 2012, ocorrida em Johannesburg, também conhecida como Rio +10 essa sim com um enfoque muito forte no desenvolvimento sustentável.

Nesse momento as grandes questões discutidas estavam em avaliar o progresso obtido desde a ECO-92 e a produção de mecanismos que implementassem a agenda 21, porém, o que houve foi um grande debate sobre os problemas de cunho social. Nessa conferência finalmente houve a integração das três dimensões da sustentabilidade, como dito acima, a ambiental, a social e a econômica.

De todo exposto salienta-se que já na segunda conferência mundial se iniciaram as discussões sobre o Princípio da Sustentabilidade e principalmente começaram os debates acerca da relação existente entre a pobreza mundial e a degradação ambiental, discussão que permanece até os dias atuais e que é o principal enfoque do presente artigo científico que trata da dimensão social desse Princípio.

## 2. MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

Ao Princípio da Dignidade Humana corresponde o núcleo do mínimo existencial. Notar a plena dignidade humana requer a compreensão de seu viés ecológico, tendo em vista que uma qualidade mínima ambiental é necessária para alcançar tal desiderato, sendo que o meio ambiente equilibrado constitui parte, ou elemento dessa dignidade.

Há que se considerar, porém, que um dos poucos consensos teóricos que se tem diz respeito ao valor essencial do ser humano. Então resta uma pergunta: Será que devemos reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir?

Segundo Sarlet e Fensterseifer (2001: 91) a noção de mínimo existencial compreende, “[...] o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos” e prossegue afirmando:

[...] a dignidade da pessoa humana atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial que [...] abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.

Segundo Ana Paula Barcellos (2002: 305), o mínimo existencial deve ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, incluindo como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

Esse mínimo existencial há que ser identificado em duas dimensões distintas: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.

Percebe-se que o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso, por parte expressiva da população brasileira e mundial, aos seus direitos sociais básicos, o que, é importante destacar, também é causa de aumento –em determinado sentido– da degradação ambiental (SARLET e FENSTERSEIFER, 2001: 91).

Há que se considerar, portanto, que o mínimo existencial corresponde ao “núcleo duro” dos Direitos Fundamentais, não podendo esses direitos ser alterados/retirados, pois violaria o Princípio da Dignidade Humana. Desta forma, para cada um dos Direitos Sociais existe um mínimo existencial que deve ser mantido.

O diálogo normativo que se pretende traçar entre o direito fundamental ao ambiente e os direitos fundamentais sociais é extremamente importante para a conformação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, já que os direitos em questão são projeções materiais dos elementos vitais e básicos para uma existência humana digna e saudável. A comunicação entre os direitos fundamentais sociais e do direito fundamental ao ambiente também é um dos objetivos centrais do conceito de desenvolvimento sustentável no horizonte constituído pelo Estado socioambiental de Direito, na medida em que, de forma conjunta com a ideia de proteção do ambiente, também se encontra presente no seu objetivo central o atendimento às necessidades básicas dos pobres do mundo e a distribuição equânime dos recursos sociais (por exemplo, acesso a água, alimentos, etc.). (FENSTERSEIFER, 2008: 74)

À luz do conceito de desenvolvimento sustentável, José Afonso da Silva (2007b: 26-27) afirma que esse tem como seu requisito indispensável um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida da população. O constitucionalista afirma ainda que se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, conseqüentemente, não pode ser qualificado de sustentável.

Verifica-se aqui a necessidade de manutenção de direitos fundamentais mínimos para que exista um desenvolvimento sustentável. Justifica-se, portanto, a existência da dimensão social do Princípio da Sustentabilidade.

Portanto, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, alimentação, educação, etc.), em patamares desejáveis constitucionalmente, estão necessariamente vinculada a condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso a água potável (através de saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do conteúdo mínimo existencial), à alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercania de áreas industriais) ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados). A efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário integra, direta ou indiretamente, o âmbito normativo de diversos direitos fundamentais (mas especialmente dos direitos sociais), como o direito à saúde, o direito à habitação decente, o direito ao ambiente, o “emergente” direito à água (essencial à dignidade humana), bem como, em casos mais extremos, também o direito à vida (FENSTERSEIFER, 2008: 75).

Destaca-se aqui também o direito ao saneamento básico<sup>1</sup> como um direito humano essencial. A Assembleia da ONU, em 26 de julho de 2010, declarou o reconhecimento do “direito à água potável e o saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute a vida e de todos os direitos humanos”.

Nesse sentido, a relação entre saneamento básico e proteção do ambiente resulta sobremaneira evidenciada, uma vez que a ausência de, por exemplo, redes de tratamento de esgoto em determinada localidade resulta não apenas em violação ao direito à água potável e ao saneamento básico do indivíduo e da comunidade como um todo, mas também reflete de forma direta também no direito de viver em uma ambiente sadio, equilibrado e seguro, dada a poluição ambiental que estará subjacente a tal omissão e violação perpetrada pelo ente estatal. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2001: 117)

O saneamento básico, portanto, traz um combate simultâneo da pobreza e da degradação ambiental, atuando como uma ponte entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental.

Desta forma, considerando a vinculação existente entre os direitos sociais e a proteção ambiental, é importante o diálogo entre os movimentos ambientalista

---

<sup>1</sup> Esse direito vem previsto na Constituição da República Federativa do Brasil nos seguintes artigos: art. 23, IX; art. 198, II; art. 200, IV e VIII.

e os movimentos por direitos sociais, já que, a união entre o bem-estar social e a qualidade ambiental é a principal relação que deve ser traçada para que se conquiste a tão almejada sustentabilidade.

Não restam dúvidas que a pobreza é a maior causadora de degradação ambiental, sem esquecer, evidentemente, da sociedade de consumo que também é altamente degradante. Porém no presente artigo o enfoque é com relação à pobreza, deixando-se de lado essa segunda discussão.

Segundo Tiago Fensterseifer (2008: 76):

A pobreza e a miséria geralmente andam acompanhadas pela degradação ambiental, tornando aqueles cidadãos mais prejudicados pela falta de acesso aos seus direitos sociais básicos também os mais valiosos no que tange aos seus direitos ambientais, razão pela qual tais demandas sociais devem ser pautadas de forma ordenada e conjunta, a fim de contemplar uma tutela integral e efetiva da dignidade humana a todos os integrantes da comunidade estatal. Tal compreensão está alinhada à tese da unidade e interdependência de todas as dimensões de direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos).

Não há como se falar em proteção ambiental sem ater-se a proteção dos direitos fundamentais básicos como por exemplo, a saúde, a alimentação, a moradia, a educação, bem como, a título de elemento instrumental, o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. O artigo 225<sup>2</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, coloca o ambiente equilibrado como “essencial à sadia qualidade de vida”, texto muito parecido com o artigo 196<sup>3</sup> do mesmo diploma legal que traz a saúde como direito fundamental.

Com relação ao direito fundamental social à moradia, é importante destacar que tal, para a sua garantia em termos desejáveis constitucionalmente, em vista da sua vinculação direta com outros direitos fundamentais, e especialmente com a dignidade da pessoa humana, também exige um padrão mínimo de qualidade ambiental (acesso à água, saneamento básico, boa qualidade de atividade industrial) não garante ao seu titular um exercício adequado do seu direito fundamental, em razão de que a moradia implica muito mais do que apenas um teto sobre a cabeça, exigindo um espaço físico onde a vida humana possa se desenvolver de forma plena e em padrões dignos de existência. (FENSTERSEIFER, 2008: 84)

---

<sup>2</sup> Art. 225. Todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>3</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção.

É importante também destacar que a educação<sup>4</sup> deve, da mesma forma, ser considerada como um direito fundamental,

[...] na medida em que é a partir da função pedagógica dos direitos fundamentais (no caso específico do direito ao ambiente) que o futuro das condições ambientais será construído e a existência humana tornada viável num quadrante de dignidade. A consciência ambiental das gerações presentes configura-se como elemento essencial para o porvir das gerações humanas futuras. Da mesma forma, a educação ambiental, que inclui em certa medida o acesso às informações ambientais, compõe de condição para a cidadania no Estado Socioambiental de Direito, porquanto só a partir de tal pressuposto o exercício democrático será viabilizado de forma qualificada e participativa. (FENSTERSEIFER, 2008: 88)

A partir de tais considerações deve-se entender que os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes, sendo tais direitos, considerados em suas várias dimensões, se complementam na tutela da dignidade humana.

Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, não há que se falar em liberdade real ou fática, quanto menos em um padrão de vida compatível com a dignidade humana. A garantia do mínimo existencial trata-se, em verdade, de uma premissa ao próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, direitos sociais, ou mesmo direitos de solidariedade, como é o caso do direito ao ambiente. Por trás da garantia constitucional mínimo existencial, subjaz a ideia de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, desde o imperativo categórico de Kant, deve ser sempre tomada como um fim em si mesmo, em sintonia com a dignidade inerente de cada ser humano. (FENSTERSEIFER, 2008: 271)

Assim, a atribuição dos direitos sociais básicos apresenta-se como uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade a respeito por sua própria pessoa, e queira se compreender como integrante da comunidade moral. Não garantir ao indivíduo a garantia do mínimo existencial é uma forma de alijá-lo da comunidade político-estatal. É o mesmo que negar a sua condição política, e sua condição de ser humano, afrontando de forma direta a sua dignidade (FENSTERSEIFER, 2008: 266).

---

<sup>4</sup> A Lei 9.795/99 que Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências, no seu art. 1º diz que traz o conceito de educação ambiental, a qual é entendida como “os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

Como já tratado anteriormente, a Comissão Mundial sobre Meio ambiente e desenvolvimento das Nações Unidas, em seu relatório Nosso Futuro Comum (Our Common Future), no ano de 1987, trouxe o conceito de desenvolvimento sustentável, que seria “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Percebe-se que esse termo contém dois conceitos básicos: o conceito de “necessidades” sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras. No conceito de desenvolvimento sustentável desenvolvido pela Comissão Brundtland, verifica-se as dimensões humana e social de tal compreensão, na medida em que há uma preocupação em atender às necessidades vitais das gerações humanas presentes e futuras. Na explicitação dos seus conceitos-chave, fica evidenciada a vinculação entre a qualidade ambiental e a concretização das necessidades humanas mais elementares (ou seja, do acesso aos seus direitos fundamentais sociais), bem como a referência ao atual estágio de desenvolvimento tecnológico (com o esgotamento e contaminação dos recursos naturais) como um elemento limitativo e impeditivo para a satisfação das necessidades humanas fundamentais (FENSTERSEIFER, 2008: 276).

Também a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), no seu Princípio 5, refere que “todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo”. Além de traçar o objetivo (também constitucional, vide o artigo 3º, I e II da Lei Fundamental Brasileira) de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e atender às necessidades (pode-se dizer, direitos sociais) da maioria da população mundial e colocar nas mãos conjuntamente da sociedade e do Estado tal missão, o diploma internacional, ao abordar o ideal de desenvolvimento sustentável, também evidencia a relação direta entre os direitos sociais e a proteção do ambiente (ou qualidade ambiental), sendo um objetivo necessariamente comum, enquanto projeto político-jurídico para a humanidade. Outro aspecto que está substanciado no marco normativo do desenvolvimento sustentável é a questão da distribuição de riquezas (ou da justiça distributiva), o que passa necessariamente pela garantia dos direitos sociais e um nível de vida minimamente digna, (e, portanto, com qualidade ambiental) para todos os membros da comunidade estatal (e mesmo mundial) (FENSTERSEIFER, 2008: 276).

Fica aqui consubstanciada que em regra, a miséria e a pobreza (como projeções da falta de acesso aos direitos básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima, etc.) caminham juntas com a degradação

e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando sob duas vias distintas a sua dignidade. Aí está a importância de uma tutela compartilhada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, em vista de criar um núcleo mínimo para a qualidade de vida, aquém do qual poderá haver a vida, mas essa não será digna de ser vivida. No sentido de ampliar o núcleo de direitos sociais, de modo a acompanhar as novas exigências postas historicamente para atender aos padrões de uma vida digna, especialmente em razão da “nova” questão ambiental (FENSTERSEIFER, 2008: 277).

Não restam dúvidas de que o planeta necessita de forma urgente e latente uma maior conscientização acerca da proteção ambiental, pois se percebe todos os dias que o número de catástrofes mundiais que estão assolando os países está sendo cada vez mais constante.

Só que para isso também é necessário lembrar que para se falar em proteção ambiental, deve-se levar em consideração outros fatores além do simples fato de não derrubar uma árvore, de proteger uma reserva, etc., ou seja, faz-se necessário a manutenção do mínimo existencial, que são os direitos fundamentais necessários para manutenção da Dignidade humana.

Para o atendimento de todas essas premissas acima explícitas faz-se necessário uma aprimoramento de políticas públicas nos países. Tem-se por Políticas públicas o conjunto de normas elaboradas pelo Poder Legislativo, das ações realizadas pelo Poder Executivo, bem como pela fiscalização pelo Poder Judiciário da garantia dos Direitos fundamentais quando houver essa provocação pela sociedade, eis que quando o Poder Judiciário interfere nas Políticas Públicas ele faz um controle de constitucionalidade, ou seja, pode controlar a aplicação do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

### **3. DIMENSÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Nos itens anteriores já houve manifestação acerca da previsão legal apresentada na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>5</sup>, porém nesse item faz-se uma abordagem mais ligada a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade previsto nesse diploma legal.

---

<sup>5</sup> Além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, outras Constituições também consagram a proteção ambiental em seus textos, como por exemplo: A Constituição Portuguesa (1976), A Constituição Espanhola (1978), a lei Fundamental Alemã (1974), através da reforma constitucional de 1994, a Constituição Colombiana (1991), a Constituição Sul-Africana (1996) e a Constituição Suíça (2000). Mas recentemente sob a égide do século XXI, tem-se a Constituição Equatoriana (2008) e a Constituição Boliviana (2009).



Logo, pensar em interpretar o direito é pensar em efetivar os princípios esculpidos no seu artigo 1<sup>o</sup>, principalmente em relação à dignidade da pessoa humana, que está totalmente atrelada ao preceito do artigo 6<sup>o</sup>, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana deve ser vista com vital prioridade em todo contexto até agora tratado, justamente o que se denota nos dizeres da Constituição da República Federativa do Brasil, reclamando-se pela existência dessa dignidade as condições mínimas de existência, “[...] existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica” (SILVA, 2007a: 39).

É de lembrar que constitui desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inúmeros homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura. (SILVA, 2007a: 39)

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2006: 25):

[...] foi o jus-ambientalista brasileiro Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo que usou a expressão ‘mínimo vital’, com cujo conteúdo concordamos. Diz o professor que, para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6<sup>o</sup> da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao caput do art. 225.

Há que se ressaltar que o artigo 6<sup>o</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil define a natureza da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados como direitos sociais, portanto, categoria de direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil. (art. 1<sup>o</sup>, IV, da CF/88). (LENZA, 2001: 974)

---

<sup>6</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>7</sup> Art. 1<sup>o</sup>, IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O piso vital mínimo, portanto, compreende o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, todos, enfim, fazendo parte do direito material constitucional, fixados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com relação à educação há que se destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil no seu artigo 205<sup>8</sup> já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo, o que equivale a reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente (SILVA, 2007a: 184).

O Direito à saúde, como dito alhures, também é direito social. Esse direito há que se informar pelo Princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também, que nos casos de doença cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2007a: 185).

A emenda constitucional 064/2010 introduziu a alimentação como direito social, eis que se trata de um direito inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, devendo o poder público adotar medidas para garantir a alimentação e nutrição da população.

Quanto ao trabalho destaca-se as palavras de José Afonso da Silva (2007a: 185-186):

Ao invés de declarar que o trabalho é obrigação social, estatuí-se que o trabalho é direito social. Juntando isso com o disposto no artigo 1º, IV<sup>9</sup> –que dá como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho–, mais o disposto no artigo 170<sup>10</sup> –que tem a valorização do trabalho como uma das bases da ordem econômica para o fim de assegurar a todos existência digna–, mas a

---

<sup>8</sup> **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Emenda Constitucional 6/1995 e Emenda Constitucional 42/2003.

<sup>9</sup> **Art. 170.** Inciso VIII – busca do pleno emprego

<sup>10</sup> **Art. 201.** A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: Emenda Constitucional 20/1998, Emenda Constitucional 41/2003 e Emenda Constitucional 47/2005. Esse artigo segue com 5 incisos e 13 parágrafos.

busca do pleno emprego (art. 170, VIII<sup>11</sup>), bem se vê que o de que se fala é de um direito, que cabe a todos, de ter trabalho, porque este é o meio mais expressivo de se obter uma existência digna –sendo, pois, de grave conteúdo inconstitucional toda forma de política econômica recessiva que provoque desemprego sistemático–.

Para tratar da moradia há que considerá-la não só como a faculdade de ocupar uma habitação, mas também a habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

A natureza social do lazer decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem nas condições de trabalho e na qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado (SILVA, 2007a: 186).

Como direito social, a segurança, é especialmente a obtenção de uma convivência social que permite o gozo de direitos e o exercício de atividades sem perturbação de outrem. “Vale dizer que, o direito à segurança, no artigo 6º, prende-se ao conceito de ‘segurança pública’” (SILVA, 2007a: 186).

Como já tratado acima, ao lado desses direitos sociais especificados ainda tem-se o direito à Previdência Socialue mais precisamente vem tratada nos artigos 201<sup>12</sup> e 202<sup>13</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à proteção à maternidade e à infância, que também possuem um enfoque mais direto nos artigos 201, 203<sup>14</sup> e 227<sup>15</sup> do referido diploma legal e por fim o direito a assistência aos desamparados. (tire o parêntesis)

---

<sup>11</sup> **Art. 202.** O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Emenda Constitucional 20/1998). Esse artigo segue com 6 parágrafos.

<sup>12</sup> **Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção da família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

<sup>13</sup> **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse artigo segue com 7 parágrafos.

<sup>14</sup> **Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção da família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

<sup>15</sup> **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse artigo segue com 7 parágrafos.

A Constituição da República Federativa do Brasil também traz em seu artigo 3º, *in verbis*:

**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária

II – garantir o desenvolvimento nacional

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Evidentemente que todos esses objetivos perseguem o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade, dando-se ênfase ao aspecto social.

O Artigo 225, também da Constituição da República Federativa do Brasil, quando trata do meio ambiente, explicita o bem comum como causa, e ao mesmo tempo, decorrência do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Cumpre ainda salientar que esse artigo está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil que trata da “Ordem Social”.

“Neste sentir, vê-se com clareza meridiana que o ‘bem estar comum do povo’ gera sua felicidade e, simultaneamente, é produzido por ele –o mesmo povo–, porquanto esse bem difuso deve ser objeto da proteção do Estado e da própria sociedade para usufruto de toda a nação” (MILARÉ, 2007: 149).

Ora, o social constitui a grande meta de toda ação do Poder Público. A ordem econômica, que tem suas características e valores específicos, subordina-se à ordem social. Com efeito, o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior. Neste caso, as atividades econômicas não poderão, de forma algum, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental e impeçam o pleno atingimento dos escopos sociais. (MILARÉ, 2007: 149)

Percebe-se de todo o exposto a importância que o Estado deve dar à proteção aos direitos sociais eis que eles garantem uma vida digna e feliz. Fala-se muito na necessidade de proteção ambiental porém muitos que tratam desse tema esquecem de trazer a tona a real possibilidade dessa proteção que é dar ao povo, primeiramente, o mínimo existencial o qual vem caracterizado com os direitos sociais acima abordados.

Quando se trata da existência de uma dimensão social do Princípio da Sustentabilidade está-se levando em consideração uma realidade muito presente que é a necessidade de dar ao ser humano condições de vida, eis que aquele que

não possui sequer esses direitos mínimos garantidos não tem condições de pensar na proteção ambiental.

Para tanto faz-se necessário pensar no desenvolvimento de Políticas Públicas que sejam preocupadas com a existência efetiva desses direitos sociais. Sem um Estado presente o povo não terá condições de alcançar esses objetivos constitucionais e conseqüentemente todos estarão fadados ao total desaparecimento, pois as gerações futuras não terão condições de sobreviver em um planeta depredado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Sustentabilidade, tema tão discutido na atualidade tem suas vertentes sustentadas em três grandes dimensões, a ambiental, a econômica e a social. Essa dimensão social que foi o enfoque teórico da presente pesquisa desenvolvida neste artigo científico consiste na necessidade de uma maior equidade na distribuição de renda, de modo a melhorar os direitos e as condições sócias da população com a diminuição das desigualdades sociais existentes no mundo.

Não restam dúvidas da importância da dimensão social do Princípio da Sustentabilidade eis que ficou bem claro que quem passa fome, não tem moradia e sequer saneamento básico não consegue pensar em proteção ambiental.

Para tanto a dimensão social desse Princípio está baseada na melhoria da qualidade de vida da sociedade para a redução de discrepâncias entre a opulência e a miséria, com a conseqüente garantia da dignidade humana e dos direitos sociais, possibilitando pelo menos a manutenção do mínimo existencial para que ocorra proteção ambiental.

Fica também evidente que para garantia da dimensão social há necessidade de maior equidade na distribuição de renda, de modo a melhorar os direitos e as condições sociais da população com a diminuição das desigualdades sociais.

Constatou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao tratar das garantias sociais básicas previstas no artigo 6º deste diploma legal traz a fundamentação da dimensão social que foi tratada nessa pesquisa.

Destaca-se, porém que uma parcela considerável da sociedade brasileira não possui grande parte desses direitos que são necessários para uma sobrevivência mínima, portanto, há muito ainda que se fazer para o alcance da dimensão social no contexto brasileiro.

O suporte teórico dessa dimensão social está contido nas conferências mundiais sobre o meio ambiente, pois foram nessas discussões que ficou bem claro que a

pobreza é uma das principais causas dos grandes desastres da humanidade, pois aquele que não possui o mínimo para sua sobrevivência não consegue se desenvolver dignamente e acaba, por conseguinte, dentre várias outras consequências, a depredar o meio ambiente.

Portanto, na atualidade vivemos em um Estado Socioambiental de direitos que possui como sua matriz axiológica no Princípio da Solidariedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barcellos, Ana Paula. (2002). *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Fensterseifer, Tiago. (2008). *Direitos fundamentais e proteção ambiental. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. confirmo
- Lenza, Pedro. (2001). *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva.
- Milaré, Edis. (2007). *Direito do ambiente*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rizzato Nunes, Luiz Antônio. (2006). *Curso de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.
- Sarlet, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. (2001). *Direito constitucional ambiental: Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. É 2001
- Silva, José Afonso. (2007a). *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. (2007b). *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Da Silva Antunes de Souza, Maria Cláudia. (2013). "Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 47-62. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 23 de marzo de 2013

Aprobado el 6 de junio de 2013

# REFLEXÕES SOBRE O LIMITE DE TOLERABILIDADE E O DANO AMBIENTAL

MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA\*  
UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

## RESUMO

O presente estudo sob o **tema** "reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental" tem por pressuposto o estudo da responsabilidade civil em decorrência do dano ambiental. A investigação direciona-se na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que o Direito Ambiental é avaliado com instrumento de proteção dos bens jurídicos afetos a ele. Possui como **objetivo geral** analisar a necessidade de uma proposta diferenciada da responsabilidade civil ambiental, esta, voltada para o coletivo, sobretudo, diante da quebra paradigmática de percepção de valores no mundo contemporâneo. A responsabilização pelo dano ambiental exige, por óbvio, a existência de um dano indenizável.

**Justifica-se** o estudo diante das próprias e específicas particularidades que compõe o dano ambiental com relação aquele denominado "dano civil". E isso resta delineado quando da diferenciação entre o "dano ambiental" e o "impacto ambiental tolerável" das ações humanas. Ao final, investigam-se os meandros dessa dificuldade específica, bem como se avalia o instrumento teórico e jurídico

utilizado para superá-la, a saber, o limite de tolerabilidade. A **metodologia** a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto a coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

**PALAVRAS CHAVE:** Dano ambiental. Limite de tolerabilidade. Responsabilidade civil.

---

\* Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade" cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPQ intitulado: "Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária". E-mail: mclaudia@univali.br

## REFLECTIONS ON THE LIMIT OF TOLERANCE AND ENVIRONMENTAL DAMAGE

### ABSTRACT

The present study under the topic “Reflections on the limit of tolerance and environmental damage” is the alleged study of civil liability as a consequence of environmental damage. The research is guided in the search of an ecologically balanced environment, to the extent that environmental law is assessed as an instrument for the protection of legal interests subject to it. The main objective is to analyze the need for a different proposal of environmental responsibility facing the collectivity, especially before the perceptual paradigm of values break in the contemporary world. The liability for environmental damage requires, obviously, the existence of a compensable damage. The study is justified based on the specific particularities that make up environmental damage related to what is called “torts”. And this is delineated when there is differentiation between human actions causing “environmental damage” and “tolerable environmental impact”.. Finally, the hidden aspects of this particular difficulty are investigated, as well as the theoretical and legal instrument evaluation used to overcome it. This is to say, the limit of tolerance. The methodology to be used in the development of the research comprises the Cartesian method regarding data collection and the final report of the inductive method with the referent category techniques operational concepts, research and literature review..

**KEY WORDS:** Daños al medio ambiente. Límite de tolerancia. Responsabilidad Civil.



## INTRODUÇÃO

O impacto das atividades humanas sobre o meio ambiente não é um fenômeno recente. Na sociedade contemporânea, as preocupações com o ambiente e com todos os impactos que o atingem são latentes, pelo que, as discussões relacionadas ao Direito Ambiental e as formas de garantir a sua preservação comportam significação.

Assim, quando se fala de meio ambiente, a questão deve tomar uma dimensão universal, razão pela qual, não mais se deve buscar um direito conservador e retrospectivo, comprometido ainda com valores privatistas típicos da sociedade patrimonialista, mas um direito prospectivo e transformador, compromissado com as gerações futuras e preocupado com a melhoria da qualidade dos meios naturais e de vida.

Nas últimas décadas do século XX, a preocupação nesta seara foi em firmar os direitos difusos a fim de efetivar a garantia de dignidade humana. Estes ideais restaram consolidados nos textos legais, dentre os quais, a busca e proteção de um ambiente sadio e equilibrado, valor considerado verdadeiro direito inalienável e necessário à dignidade humana e à ideal qualidade de vida.

A análise do comportamento humano e sua conexão com o dano ambiental é questão extremamente complexa, especialmente, porque se implementam conflitos entre bens e interesses de difícil conciliação. O exemplo mais fulgente disso é exatamente a compreensão paradoxal que se instala entre “o progresso” e “a conservação dos recursos ambientais”. E essa “progresso” está, via de regra, atrelado a um modelo econômico que se choca, via de regra, com a necessária efetividade e continuidade aos direitos relacionados ao meio ambiente assegurados constitucionalmente.

Por esta razão, para que a firmação desses novos direitos não signifique apenas um extra nos ordenamentos jurídicos, é necessário que se somem a eles mecanismos para a sua efetividade.

É a partir deste cenário que se desenvolve a presente pesquisa. Com o reconhecimento dos riscos atuais, o Direito Ambiental tem uma missão de salvaguardar, através de seus instrumentos próprios, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente, atrelado a uma sustentabilidade entendida por “satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras”. Neste sentido, registrar-se-á a necessidade de implementação diferenciada de um modelo diferenciado de “responsabilidade civil ambiental”, sobretudo, voltada para o coletivo, já que a todos ele pertence.

O objetivo central do estudo será avaliar a função protetora ao meio ambiente, pelo que, há a preocupação da formação de um modelo próprio com a resignificação e filtragem de alguns institutos, especialmente diante da complexidade em que estão insertos os danos ao ambiente ecológico. Um dos institutos desse modelo é o “Princípio do limite de tolerabilidade”, intimamente atrelado àquilo que se considera “impacto ambiental” e “dano ao meio ambiente”.

Por isso, a pesquisa transitará entre as categorias “impacto” e “dano” ambiental, diferenciação que será necessária para a construção dos parâmetros e limites configuradores do comportamento realmente lesivo ao meio ambiente e que, por isso, merece responsabilização. E o limiar entre esses conceitos é avaliado numa tênue linha limite denominado “limite de tolerabilidade”.

## I. O MEIO AMBIENTE COMO VALOR NECESSÁRIO À COEXISTÊNCIA SOCIAL

Um dos mais influentes pensadores do movimento ambiental global, Lester Russell Brown, destacou a importância daquilo que se define uma “sociedade sustentável”: aquela que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras. Eis, então, o desafio.

A proteção ao meio ambiente é, hoje, uma questão de sobrevivência futura. Talvez, por isso, seja necessário mudar a forma de pensá-lo. Compreender que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza e, em última análise, somos dependentes desses processos (CAPRA, 2006: 16). Daí, talvez resida a necessidade premente de quebra paradigmática de percepção de nossos valores. O que realmente é importante para o homem, como peça de toda essa engrenagem?

Fritjof Capra (2006: 16) revela importante uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. No entanto, para ele, melhor seria a denominação de “visão ecológica”, se o termo “ecológica” for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual. E qual seria a razão? Os termos, “holístico” e “ecológico”, diferem ligeiramente em seus significados.

Para diferenciá-los, o autor utiliza como objeto de análise uma bicicleta. Assim, a “visão holística” de uma bicicleta significa ver esse objeto como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. De outra parte, uma “visão ecológica” da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural e social –de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso

afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual ela é usada, e assim por diante-. E essa distinção entre “holístico” e “ecológico” é ainda mais importante quando falamos sobre sistemas vivos, para os quais as conexões com o meio ambiente são muito mais vitais.

Na obra intitulada *O Princípio Responsabilidade* (JONAS, 2006: 40), o filósofo alemão Hans Jonas registra que devemos agir de “tal forma que os efeitos de nossa ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”. Com isso, o autor propõe um imperativo de ordem racional para o “agir coletivo” como “bem público” e essencial para a coexistência humana.

A premissa desse pensamento é fundado, sobretudo, na condição de que o ser humano não pode viver isolado no planeta. Somente a coexistência conjunta, fundamentada na magnitude do ser, é capaz de oferecer o verdadeiro significado das coisas que promovem com o ser humano, certa interação, pois, conforme Jonas, para que seja possível “ser é necessário existir, e para existir é necessário viver e ter deveres” (JONAS, 2006: 17).

Nos últimos anos, com o crescimento da população e com o desenvolvimento econômico, problemas típicos de uma sociedade de risco passaram a surgir. Isso motivou a necessidade de uma reconstrução de novos paradigmas, a fim de que o direito possa responder com segurança e efetividade as demandas sócio-político-econômicas emergentes.

Com o surgimento da sociedade de risco (BECK, GIDDENS e LASH, 1997: 135), designa-se um estágio da modernidade sobre o qual começam a tomar corpo ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial. Então, importa discutir até que ponto essa sociedade pode absorver as consequências de uma eventual catástrofe ambiental, considerando o contínuo crescimento econômico.

Nas últimas décadas do século XX, procurou-se firmar os direitos difusos a fim de efetivar a garantia de dignidade humana. Consolidando este pensamento nos textos legais, na qual o meio ambiente deverá ser sadio e equilibrado como um direito inalienável e necessário à dignidade humana e à sadia qualidade de vida. Contudo, numa época em que o poder econômico e a ideia de lucro sobrepõem, é necessário dar efetividade e continuidade aos direitos assegurados constitucionalmente.

Por isso, para que a firmação desses novos direitos não signifique apenas um extra nos ordenamentos jurídicos, é necessário que se somem a eles mecanismos para a sua efetividade.

É que, ao tratar de “meio ambiente”, deve-se adotar uma “visão ecológica” de ambiente, de forma mais viável tratar o tema a partir de um Direito prospectivo

e transformador, compromissado com as gerações futuras, preocupado com a melhoria da qualidade dos meios naturais e de vida.

Diante deste contexto, faz-se necessário adequar a nova realidade, de maneira que possa ser redistribuídos os malefícios que acompanham a produção de bens, determinando uma auto-limitação desse tipo de desenvolvimento e a necessidade de estabelecer novos padrões de responsabilidade, segurança e consequências do dano.

Com o processo de globalização, a sociedade contemporânea tem sido marcada por mudanças relacionadas a um conjunto de fatores, entre estes, pode-se citar o avanço tecnológico. Se por um lado os mecanismos de crescimento econômico vêm aumentando, por outro, faltam planejamentos de políticas públicas e privadas para a Gestão Ambiental. A questão é tão emergente que a ciência e a tecnologia passam a fazer parte dos processos de reforma ambiental.

O estabelecimento da responsabilidade objetiva é de fato uma tentativa da resposta da sociedade ou de adequação a certos danos ligados a interesses coletivos e difusos, que não seriam ressarcíveis, tendo em vista concepção clássica de danos ligados a interesses próprios e certos (LEITE e AYALA, 2010: 130).

A responsabilidade civil objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o Direito Romano, assim pronuncia Edis Milaré: “aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Assumem o agente, destarte, todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e privatização do lucro” (MILARÉ, 2009: 338-339).

Entretanto, não basta a responsabilidade objetiva, usando os mecanismos do instituto da responsabilidade civil tradicional, é necessário agregar a este modelo, a visão do direito ambiental, com seus princípios e metas específicas.

No pensamento de Néstor A. Cafferatta:

[...] en la especialidad, la imperiosa necesidad de reformulación de este instituto clave de la responsabilidad por daños al ambiente, parte de un dato de hecho evidente: los efectos de la contaminación ambiental son complejos y varían en intensidad e inmediatez. (CAFFERATTA, 2008: 71-72)

Com o reconhecimento dos riscos atuais, o Direito Ambiental tem uma missão de salvaguardar, através de seus instrumentos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado; necessitando urgentemente da aplicação diferenciada da responsabilidade civil ambiental voltada não para o individualismo, mas para o coletivo.

O art. 225, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup>, preceitua “a obrigação de reparar os danos causados” ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da *responsabilidade civil*. Esta responsabilidade objetiva abarca a denominada reparação integral do dano ambiental, que inclui a reparação específica (restauração, recuperação e compensação ecológica) e/ou a reparação indenizatória, e abrange danos materiais e danos morais difusos, coletivos e individuais (homogêneos e simples) (YOSHIDA, 2011).

Neste ínterim, importa destacar que suas várias funções: sancionatória, compensatória e preventiva. Para o Direito Ambiental, faz-se essencial a adequação do instituto da Responsabilidade na sanção civil de caráter compensatório e preventivo.

## 2.A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E A CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

O dano é o pressuposto essencial da responsabilidade civil, considerando a recomposição da situação jurídica anterior a ocorrência do dano. Para a teoria clássica, ausente a ocorrência do dano, não há incidência da responsabilidade civil.

O dano ambiental pode ser classificado em “material” ou “imaterial”, bastando a evidência da imprescindível lesão de um interesse jurídico agasalhado pelo direito (LEITE e AYALA, 2010: 126). Há, todavia, necessidade da comprovação de um dano certo e efetivo. Pode, ainda, ser “direto” ou “indireto”. Há dano direto quando existe uma relação imediata entre a causa, ação lesiva e a perda sofrida da pessoa. Por outro lado, há dano ambiental indireto quando for resultado secundário da perda mediadamente sofrida pelo lesado, redundante em repercussão ou efeito da causa em outros bens, não diretamente atingidos pelo fato lesivo (LEITE e AYALA, 2010: 126).

Ao dano ambiental, não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente (MACHADO, 2012: 124). A atividade poluente interfere nos direitos de outrem, é um confisco do direito de respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade num ambiente sadio e equilibrado.

Nesse mister, o dano consiste no prejuízo, na perda do valor de um determinado bem, causada por uma ação ou omissão, é a alteração de uma coisa, em sentido

---

<sup>1</sup> O artigo 14 §1º, da Lei 6938/81 foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e também a terceiros.

negativo. O dano ambiental seria um prejuízo causado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (GRANZIERA, 2009: 579).

Adverte Leonardo de Benedictis (2008: 183) que a definição dano ambiental, é de suma importância para caracterizar a responsabilidade:

La definición de daño ambiental reviste singular relevancia ya que, sólo a partir de ella, puede establecerse cuándo corresponde que se le imputen responsabilidades de prevención o de reparación a los causantes del riesgo de daños ambientales o a los causantes de daños efectivamente producidos.

Na Diretiva 35/2004 da Comunidade Europeia, em seu artigo 4º, transcreve que: “Os danos ambientais incluem igualmente os danos causados pela poluição atmosférica, na medida em que causem danos à água, ao solo, às espécies ou aos *habitats* naturais protegidos”. A Diretiva Europeia optou por uma definição de dano ambiental à natureza determinada propriedade limitada (água, solo e espécies protegidas no habitat natural) indicando, em cada caso, os detalhes de sua configuração.

O dano ao meio ambiente, em regra, é concebido como uma lesão ao interesse da coletividade, contudo, em casos especiais, pode também configurar lesão de interesse particular.

Paulo Affonso Leme Machado (2009: 79) diferencia dano de poluição do dano ecológico, afirmando que o primeiro “é aquele que sofre por patrimônios identificáveis e particulares, e os danos ecológicos são aqueles sofridos pelo meio ambiente nos seus elementos inapropriados e inapropriáveis”, afetando o equilíbrio ecológico como patrimônio coletivo. Contudo, para a presente pesquisa será utilizado a terminologia “dano ambiental”, considerando que a legislação brasileira e muitos doutrinadores não fazem distinção.

Aliás, legislador brasileiro não definiu expressamente dano ambiental, mas ofereceu suas principais características de forma abrangente e pouco objetiva e associou degradação ambiental (LEITE e AYALA, 2010: 104).

De acordo com o art. 3º da Lei 6.938/81, entende-se que:

[...] II - degradação da qualidade ambiental, alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as

condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos.

O dano ao meio ambiente atinge os interesses difusos e coletivos, configurando um dano social, assim, não há dano que não atinja o meio ambiente num todo, pertencente à comunidade. Quando o dano também atinge um particular, este é chamado de dano reflexo, conceituado como sendo “aquele que atingiu um recurso ambiental de titularidade privada ou pública” (LEMOS, 2008: 105).

A definição de dano ambiental equilibra-se entre duas vertentes: a primeira que não se trata de retorno à Natureza intacta pelo homem; e a segunda que estabelece regras para que as atividades do homem não venham a causar prejuízos ao equilíbrio ambiental (GRANZIERA, 2009: 580).

Destaca Délton Winter de Carvalho (2008: 99) que os danos ambientais coletivos por se tratar de agressões que atingem de forma direta o meio ambiente, são acompanhados da hipercomplexidade desse bem, não se enquadrando nas descrições dogmáticas tradicionais de danos certos ou pessoais.

O dano ao meio ambiente é concebido sempre como uma lesão ao interesse difuso, razão pela qual o dano a ser ressarcido sempre será difuso no sentido do dano ao meio ambiente em si e, em algumas situações, também pode configurar lesão a interesse privado, se atingir interesse particular lesado, conhecido como dano reflexo (LEMOS, 2008: 103).

O dano ambiental pode agasalhar o interesse a título individual, quando atinente à proteção do microbem ambiental, que pertença ao patrimônio próprio do interessado (LEITE e AYALA, 2010: 127).

Neste contexto, será facultado ao lesado, a título de interesse individual pleitear a responsabilidade civil e sua reparação com base no art. 14, §1º, da Lei 6.938/81<sup>2</sup>, ou na forma do art. 927, parágrafo único<sup>3</sup>, do Código Civil, ou seja, fundado na responsabilidade civil objetiva ou conforme a teoria do risco.

Assim, provado que o dano é decorrente de uma ação intolerável e lesiva ao meio ambiente, este pode suscitar uma reparação tanto individual como coletiva.

---

<sup>2</sup> Art. 14, §1º, da Lei 6.938/81: [...] é poluidor obrigado, independentemente da existência da culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências).

<sup>3</sup> Art. 927: aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL. Código Civil).

### 3. O LIMITE DE TOLERABILIDADE

O ponto em destaque é como saber a partir de que momento se considera que há dano ambiental, pois o homem tem deixado suas marcas no meio ambiente a cada dia. Ressalta-se a existência de um limite da tolerabilidade, pois qualquer intervenção humana implica impacto ambiental. Assim, é preciso avaliar se o impacto pode ou não ser absorvido pelo meio ambiente.

A distinção entre as noções de impacto e dano ambiental é fundamental para a construção dos parâmetros e limites configuradores do dano ambiental. O limiar entre esses conceitos é composto por uma tênue linha-limite denominada pela dogmática jurídica *princípio do limite de tolerabilidade*. Decorre da constatação de que, para o sistema jurídico-ambiental, nem toda alteração (impacto) provocada no meio ambiente e em seus elementos causará, necessariamente, um dano ambiental (CARVALHO, 2008: 103).

É o caso de um fábrica que lança poluentes pelo ar, os moradores próximos sofrem prejuízos na medida em que seus direitos se exercem em condições menos “agradáveis” que se a fábrica não existisse; eles podem, entretanto, dedicar-se às suas ocupações, porque o ar conservou suas qualidades essenciais e permite, por exemplo, a agricultura e a pecuária.

Todavia, em razão de uma transformação no modo de exploração, a fumaça eliminada contenha vapores com flúor que, se depositando sobre os imóveis vizinhos, ali interditem certas atividades, o prejuízo se torna anormal porque o poluidor absorveu as propriedades naturais do ar, impedindo, portanto, a consumação coletiva desse bem por outros, acarretando assim um atentado grave aos direitos de outrem.

O limiar da anormalidade é, portanto, ultrapassado, quando a utilização do ambiente o torna parcial ou totalmente impróprio a outros usos, assim, manifesta Patrícia Faga Iglesias Lemos (2006), sobre o assunto.

Importa, assim, destacar que a atividade lícita autorizada, pode gerar dano ao meio ambiente, o que confirma a ideia de que a superação do limite de tolerabilidade para fins de reparação de danos, deve sempre ser apreciada caso a caso pelo juiz na ação de responsabilidade civil, em função das características do meio atingido. O fato de a atividade do demandado estar em conformidade com as normas que estabeleceram certo limite de tolerabilidade, não vincula jamais o julgador: se na demanda de reparação for provado que o meio ambiente não conseguiu absorver e reciclar as agressões que sofreu, haverá dano e, por via de consequência, reparação, pouco importando a obediência pelo degradador dos padrões de qualidade do meio receptor, pré-determinados administrativamente (MIRRA, 2003: 89).



A verdade é que, no ato ilícito, se transgride os limites objetivos traçados pela própria lei, enquanto no abuso de direito são obedecidos os limites objetivos da lei, mas fere-se à destinação do direito e ao espírito da norma. De qualquer forma, o dano ambiental ocorre sempre que ultrapassado o limite de tolerabilidade (LEMOS, 2008: 107-108).

Ressalva-se que o limite de tolerabilidade envolve uma conduta antijurídica suscetível de reparação. A antijuricidade, nestes termos, não seria somente uma conduta *contra legem*, mas também, e fundamentalmente, as condutas antissociais que, de um modo ou de outro, lesam ou limitam o pleno desenvolvimento da personalidade social e individual (LEITE e AYALA, 2008: 2010: 189).

A Resolução 001/86 do CONAMA<sup>4</sup> estabelece no art. 1º:

Para efeito desta resolução, considera-se impacto qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.<sup>5</sup>

A referida resolução deixa evidente que, qualquer atividade implica impacto ambiental, contudo nem todo impacto configurará um dano ambiental passível de reparação. Na verdade, tratando-se de questão ambiental, será aferido o limite de tolerabilidade do meio: é preciso verificar se o meio tem condições de absorver o impacto.

Ao tratar do assunto Antonio Cabanillas Sánchez (1996: 146) afirma que a tolerabilidade exclui a ilicitude e não surge, portanto, a responsabilidade civil por dano ambiental. Um exemplo característico de tolerância social do dano é o avião que sabidamente provoca grande emissão de poluente atmosférico, fora a poluição sonora e outros vários encadeamentos de danos e riscos ambientais. Entretanto, neste caso concreto, existe dano ambiental, mas este é lícito e tolerável no contexto social.

O Poder Público ao elaborar padrões de qualidade, muitas vezes age em causa própria, pois também atua em várias áreas que envolvem o meio ambiente, como siderurgia, por exemplo. Assim, a norma que regula níveis de emissão de poluentes pode tomar por base apenas imperativos tecnológicos, sem uma correspondência com a necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (LEME, 2012: 275).

---

<sup>4</sup> CONAMA: Conselho Nacional do Meio Ambiente - criado em 1982 pela Lei 6.938/81, trata-se do órgão brasileiro responsável pela deliberação assim como para consulta de toda a política nacional do meio ambiente.

<sup>5</sup> BRASIL. CONAMA. Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986.

Por tais razões, o simples cumprimento dos termos da licença não afasta o dever de responder quando configurado o dano ao meio ambiente (LEMOS, 2008: 115).

O limite de tolerabilidade será aferido no caso concreto, o que justifica a preocupação na presente pesquisa, pois não há uma uniformização de decisões sobre o assunto.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMPRESA. **POLUIÇÃO AMBIENTAL**. PROVAS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. Diante da demonstração segura, de que as atividades da ré, de reciclagem de papel, causam prejuízos ao meio ambiente, a procedência do pedido inicial da ação civil pública, na instalação de equipamentos, é inevitável. Nega-se provimento à apelação. <sup>6</sup>

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da referida ação civil pública, pretende que a ré Fábrica de Papel Santa Maria Ltda., seja condenada a instalar equipamentos antipoluentes que se adequem aos padrões estabelecidos pela legislação ambiental e ao tratamento de efluentes líquidos, gasosos e sólidos, bem como, da criação de esgoto sanitário, sob pena de fechamento de suas atividades.

Fundamenta o pedido inicial na alegação de que a fábrica, no exercício de suas atividades de reciclagem de papel, vem causando danos irreparáveis ao meio ambiente, através da emissão de efluentes industriais, com elevada concentração de gases e líquidos altamente nocivos.

A Fundação Estadual do Meio Ambiente, ao responder os quesitos formulados pelo Ministério Público (autor), afirmou que as atividades da recorrente estão causando danos ao meio ambiente e que há risco para a saúde humana, ao argumento de que ela não possui os equipamentos necessários.

No Relatório Técnico da Fundação Centro Tecnológico de Minas Gerais, consta a informação de que a requerida (fábrica) provoca poluição hídrica e atmosférica (efluentes líquidos e gasosos) e que os tipos de efluentes gerados são potencialmente prejudiciais à saúde humana. E que o equipamento antipolvente da fábrica funciona precariamente e não atende aos padrões estabelecidos pela legislação ambiental.

Diante da demonstração segura, de que as atividades da empresa causam prejuízos

---

<sup>6</sup> Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0015.01.000641-7/002. Apelante: Fábrica Papel Santa Maria Ltda. Apelado: Ministério Público do Estado Minas Gerais. Relator: Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 04 maio 2006.

ao meio ambiente, a procedência do pedido inicial, de obrigação de fazer (instalação de equipamentos), é inevitável, sem prejuízo da realização de estudo de impacto ambiental, que não é pressuposto condicionante da indenização.

Patrícia Faga Iglesias Lemos (2008: 115) destaca que “capacidade de absorção” não é o mesmo que “capacidade de regeneração”. A primeira consiste na “possibilidade de que o meio resista aos impactos e que não haja dano”, enquanto a segunda consiste na “recuperação do meio que sofreu um dano”. Uma vez demonstrado que o meio não absorveu o impacto da atuação do agente, configura-se o dano, que deve ser reparado.

Ao Poder Público não é dado o direito de autorizar agressão ao meio ambiente e, assim, não existe presunção de legitimidade. O que, de fato acontece através da autorização administrativa, é que o agente estará isento da sanção administrativa ambiental, e não da responsabilidade civil (LEITE e AYALA, 2010: 192).

O Tribunal Regional Federal<sup>77</sup> da 4ª região, pronunciou sobre a matéria ao analisar o caso extraído da Ação Civil Pública, através do Agravo de Instrumento, que almejava a condenação da empresa de terraplanagem e urbanismo no intuito de recuperar área de preservação permanente degradada (Loteamento Pôr do Sol III, Antigo Saco Grande I, Florianópolis –SC– Brasil),

[...] ordenou a perícia como imprescindível “tendo em vista que o principal ponto controverso diz respeito à caracterização da área como APP”; e **atribuiu o ônus da prova à ré** porque “a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva, baseada na teoria do risco integral”, segundo a qual “o simples desenvolvimento de atividades potencialmente lesivas ao ambiente causadoras de externalidades negativas, **impõe aos responsáveis o dever fundamental de demonstrar que tais atividades são desenvolvidas dentro dos limites da tolerabilidade e que observam criteriosamente todas as exigências necessárias para a prevenção de riscos ao ambiente [...]**”.

No caso em análise, o Tribunal Federal atribuiu o ônus da prova para empresa poluidora (ré) impondo o dever de demonstrar que estava desenvolvendo suas atividades nos limites da tolerabilidade e que respeitava as exigências da legislação ambiental.

Contudo, mesmo que a empresa esteja cumprindo com as normas ambientais, se ficar demonstrado que ocorreu o dano ambiental, não deverá ser afastado o dever de indenizar pelos danos causados.

---

<sup>77</sup> Brasil. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de Instrumento, da 4ª Turma, 07 maio 2007. Relator: Valdemar Capeletti. Lex: D.E., Santa Catarina, 10 maio 2007.

Neste sentido também é o pensamento de José Juan González Márquez: “el daño puede estar permitido por el orden legal pero ello no exime de la responsabilidad si se da dentro de los límites que marca el propio orden jurídico” (GONZÁLEZ, 2002:106).

A constatação de dano, em muitos casos, exige uma ponderação dos intérpretes do direito, pois não é sem todo momento que o conhecimento científico pode oferecer subsídios de probabilidade da ocorrência deste (CRUZ, 1996: 214).

O limite da tolerabilidade é um dos princípios norteadores da Teoria da Sustentabilidade, é através dele que o Poder Público fornece os limites máximos de emissão de material poluente, de ruídos e outras matérias, bem como, dos limites de operação das atividades e empreendimentos sem que estes causem ou possam causar perigo ao ambiente e a saúde humana.

O artigo 2º, III, da Lei 6.938/81<sup>88</sup>, determina que um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente é o “planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais”, razão pela qual o cumprimento deste princípio é uma das formas de se fiscalizar a utilização dos recursos naturais, posto que, serão determinados os padrões para o exercício de qualquer atividade que interfira ou possa interferir na qualidade ambiental.

Destaca-se, assim, que em decorrência do limite de tolerabilidade, deverá ocorrer um planejamento no sentido de conservação e preservação do meio ambiente concomitantemente ao desenvolvimento econômico. Todavia, nem sempre os parâmetros oficiais desse planejamento são ajustáveis à realidade sanitária e ambiental, decorrendo que, mesmo em se observando a norma, as pessoas e a natureza podem sofrer prejuízos, fato que viabilizaria a responsabilidade ainda que o agressor detenha licença ambiental concedida pelo Poder Público e opere em conformidade com ela.

Assim, o operador jurídico deve avaliar esse limite de tolerabilidade inclusive a partir das gerações vindouras, pois, conforme bem lembrou Lester Russell Brown, uma “sociedade sustentável” é aquela que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das futuras gerações.

---

<sup>88</sup> Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; [...]. (BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa cujos resultados ora são relatados desenvolveu-se com objetivo central avaliar a importância de implementação de um modelo jurídico próprio de proteção ao meio ambiente, fundamentado na responsabilização civil.

Disso, foi necessário estabelecer uma ressignificação e filtragem de alguns institutos, especialmente diante da complexidade em que estão insertos os danos ao ambiente ecológico, especialmente, de um “Princípio do limite de tolerabilidade”, a partir do que é possível estabelecer se se está diante um mero “impacto ambiental” ou de um efetivo “dano ao meio ambiente”.

O estudo demonstrou que a caracterização do dano, sob o prisma legal, consiste da degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente. Resta verificar os graus em que ocorre essa alteração adversa do meio ambiente, configurando o conceito jurídico de dano, entendido como o fato deletério ao ambiente cuja ocorrência gera a responsabilidade do agente.

Assim, nem todo impacto provocado no meio ambiente acarreta, de forma automática e necessária, um dano ambiental. Essa crença deriva da compreensão de que o dano ambiental são alterações significativas e que causam perturbações realmente intoleráveis. Por outro lado, há comportamentos que causam um impacto sem que causem esses efeitos, sendo observados sob o prisma da insignificância.

A fixação de uma linha que identifique com precisão um dano considerado prejudicial ao ambiente de outro tolerável não é de fácil solução, pois não há um conceito aplicável a todas as hipóteses, cujo reflexo negativo transcende os padrões de suportabilidade estabelecido pelo Direito.

Verificou-se, assim, necessário avaliar as ações humanas sob o prisma da razoabilidade, sobretudo, para garantir a preservação do ambiente em conjunto com desenvolvimento econômico e social. O limite de tolerabilidade importa para a consideração da absorção do impacto pelo próprio ambiente, sem causar danos à natureza, pois é ele, verdadeiro princípio norteador da Teoria da Sustentabilidade. Caso a ação humana ultrapasse esse limite do tolerável, investigou-se implementação institutos sólidos de Responsabilidade Civil Ambiental para resguardar a recuperação do meio que sofreu o dano.

Avaliou-se o limite da tolerabilidade como um dos princípios norteadores da Teoria da Sustentabilidade. Tanto que, através dele, o Poder Público fornece os limites máximos de emissão de material poluente, de ruídos e outras matérias, bem como, dos limites de operação das atividades e empreendimentos sem que estes causem ou possam causar perigo ao ambiente e a saúde humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beck, Ulrich, Giddens, Anthony e Lash, Scott. (1997). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp.
- Benedictis, Leonardo de. (2008). “La responsabilidad ambiental en Europa y España: comentarios sobre la Directiva 2004/35/CEE, la Ley 26/2007 y su Proyecto de Reglamentación”. In: 6º *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental* (pp. 183-210). Jun. - 2008.
- Brasil. CONAMA. Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama> [Acesso em: 24 jun. 2012].
- Brasil. *Código Civil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) [Acesso em: 07 jun. 2012].
- Brasil. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> [Acesso em: 26 jun. 2012].
- Brasil. Tribunal Regional Federal (4ª. Região). Agravo de Instrumento, da 4ª Turma, 07 maio 2007. Relator: Valdemar Capeletti. Lex: D.E., Santa Catarina, 10 maio 2007. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br> [Acesso em: 24 jun. 2012].
- Cabanillas, Antonio. (1996). *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi.
- Cafferatta, Néstor A. (2008). “Prueba y nexo de causalidad en el daño ambiental”. In: 6º *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental* (pp. 51-106). Jun. - 2008.
- Capra, Fritjof. (2006). *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Tradução Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Editora Cultrix.
- Carvalho, Délton Winter de. (2008). *Direito ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Cruz, Branca Martins da. (1996). “Responsabilidade civil por dano ecológico”. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Porto.
- González, José Juan. (2002). *La Responsabilidad por el daño ambiental en México: el paradigma de la reparación*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Granziera, Maria Luiza Machado. (2009). *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas.
- Jonas, Hans. (2006). *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio.
- Leite, José Rubens Morato e Ayala, Patryck de Araújo. (2010). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Leme Machado, Paulo Affonso. (2009). *Direito dos cursos de águas internacionais*. São Paulo: Malheiros.
- \_\_\_\_\_. (2012). *Direito ambiental brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros.
- Lemos, Patrícia Faga Iglesias. (2006). “Responsabilidade civil e dano ao meio ambiente: novos rumos”. *Acta Científica: Ciências Humanas*. No. 11, Vol. 2.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- Milaré, Edis. (2009). *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário.
- Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0015.01.000641-7/002. Apelante: Fábrica Papel Santa Maria Ltda. Apelado: Ministério Público do Estado Minas Gerais. Relator: Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 04 maio 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurídico> [Acesso em: 23 jun. 2012].
- Mirra, Álvaro Luiz Valery. (2003). *Ação civil pública e reparação de dano do meio ambiental*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- Yoshida, Consuelo Yatsuda Moromizato. (2011). “TAC, TCA e composição Prévia: a reparação do dano e medidas compensatórias no contexto da PNMA”. In: Benjamin, A.H., Lecey, E., Cappelli, S. e Hugueneu Irigaray, C.T.J. (Coords.). *Congresso Brasileiro de Direito Ambiental (16: 2011: São Paulo, SP) C76p PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Rodrigues de Oliveira Neto, Francisco José. (2013). "A função jurisdicional e a proteção do meio ambiente: notas sobre o princípio do poluidor-pagador". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 63-77. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 23 de marzo de 2013  
Aprobado el 6 de junio de 2013

# A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DO POLUIDOR- PAGADOR

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO\*  
UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

## RESUMO

Com o surgimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito, em substituição ao Estado de Direito em sua versão meramente legislativa, inúmeras foram as transformações ocorridas. Uma das mais evidentes se dá na atividade jurisdicional. Se antes o Juiz era a apenas a manifestação da vontade do legislador, hoje seu espaço de atuação mudou. Ganhou em autonomia e liberdade de interpretação, mas sempre tendo por objetivo um único rumo: a garantia dos direitos fundamentais. Esurge nesse cenário sua atuação no direito ambiental. Com sua proteção erigida a direito fundamental, novos instrumentos foram necessários para a sua concretização. Dentre eles, destaca-se o princípio do poluidor-pagador, manifestação clara e evidente de intervenção no espaço privado em nome da defesa do patrimônio coletivo.

**PALAVRAS CHAVE:** Estado democrático de direito, Constituição, função jurisdicional, meio ambiente, princípio do poluidor-pagador.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Professor Adjunto I da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público. E-mail: franciscojneto@uol.com.br

## THE JURISDICTIONAL FUNCTION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: NOTES ON THE POLLUTER-PAYS PRINCIPLE

### ABSTRACT

With the emergence of the Democratic and Constitutional State of Law, replacing the State Law in its version merely legislative, many transformations have occurred. One of the most evident occurs in the jurisdictional activity. If before the Judge was just the manifestation of the legislator's will, today his performance space has changed. He gained in autonomy and freedom of interpretation, but always with the objective of a single direction: the guarantee of fundamental rights. And in this scenario his performance in environmental law emerges. With his protection raised to fundamental law, new instruments were needed to achieve it. Among them, appears the polluter-pays principle, clear and evident expression of intervention in the private space in the name of the defense of collective heritage.

**KEY WORDS:** Social and democratic rule of law, Constitution, jurisdictional function, environment, polluter-pays principle.



## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar as alterações promovidas na antiga estrutura do Estado de Direito, que agora se apresenta como Estado Democrático de Direito, e seus reflexos no direito ambiental. A preocupação central desse novo momento é a concretização das normas constitucionais, de modo que, para isso, necessária a existência de mecanismos de concretização, ou seja, de um aparato teórico que viabilize esta pretensão. E foi justamente o que ocorreu no campo específico do direito ambiental, já que novos princípios surgiram, todos eles sem perder de vista a efetiva concretização dos comandos constitucionais.

Por esse motivo é que, na primeira parte do texto, dá-se uma atenção especial para a função jurisdicional e sua alteração em face da nova configuração do Estado. Fato consolidado e consumado no Direito brasileiro, é sua adesão ao Estado Democrático de Direito com todas as suas consequências, inclusive em relação à função jurisdicional onde o juiz, de mediador de conflitos, passa a ser instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Na segunda e derradeira parte, a abordagem é dirigida especificamente ao direito ambiental e um dos seus princípios que melhor demonstra a preocupação com a efetivação dessa modalidade de direito fundamental. Trata-se do princípio do poluidor-pagador, o qual trás em seu cerne o rompimento das amarras impostas pelo liberalismo e a nítida e clara adesão aos postulados do Estado Democrático de Direito e a nova compreensão da jurisdição que este aparato teórico proclama, de onde exsurge o alto poder de intervenção da jurisdição atual.

### I. A FUNÇÃO JURISDICIONAL: DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

#### 1.1. A função jurisdicional no Estado de Direito

Classicamente entendida como uma das funções do Estado e, ao lado da função executiva e da legislativa, manifestação da soberania estatal, a função jurisdicional passou por transformações significativas no Estado Moderno.

Em um primeiro momento, quando do surgimento do Estado de Direito na sua versão de Estado de Direito Liberal<sup>1</sup>, o que dela se esperava era apenas e tão somente

---

<sup>1</sup> A concepção de “Estado de Direito” que se utilizará aqui é aquelas apresentada por Luigi Ferrajoli e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas (FERRAJOLI, 1995: 856). Além disso, é preciso destacar que há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante (ÁLVAREZ, 1999: 93).

a repetição do que dizia a lei, ou seja, o juiz era então a boca que pronunciava as palavras da lei, exatamente como sustentavam os adeptos da teoria da separação de poderes e que nela viam a forma de fugir do absolutismo antes existente.

Tratava-se de uma fórmula em que o direito era identificado com a lei, confiando aos Tribunais:

[...] a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada à uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora. (PERELMAN, 1999: 32)

Autores como Chiovenda, estudiosos do direito processual e que almejavam estabelecer os parâmetros da atuação jurisdicional, como bem recorda Marinoni (2011: 35), afirmavam que a jurisdição era voltada exclusivamente para a atuação da vontade concreta da lei, já que consistia “na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”.

Nada mais evidente e representativo de que a compreensão era no sentido do verdadeiro poder estatal estar na lei, ao passo que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador, inexistindo qualquer papel de criação na atividade do juiz.

Contudo, a verdade é que, ainda que tal concepção se mostrasse como um avanço em relação a fase anterior, em que os juízes eram ligados e dependentes do poder absoluto e por isso mesmo também mecanismo de opressão, o que se percebeu é que esta fórmula ainda deixou espaço para o inadequado uso do poder político. Um primeiro sinal de esgotamento já havia sido sentido no final do Século XIX. Naquela época, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social e consolidando a concepção de que:

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam

lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar. (HOBSBAWM, 2000: 20)

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal, a rebeldia foi o caminho de muitos, o que fez surgir o Estado de Direito Social, formulação que tentou adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Tinha ainda como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo (DÍAZ, 1998: 103).

Compondo seu ideário, impôs-se a visão de que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*Welfare State*). De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía “el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del *Welfare State*” (DÍAZ, 1998: 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal, sem se transformar em Estado Proletário como nos países do chamado “socialismo real”<sup>2</sup>.

Contudo, com o passar dos anos, o que se apresentava como algo capaz de solucionar os problemas gerados pela crescente complexidade das relações sociais, políticas e principalmente econômicas mostrou-se insuficiente e permitiu o surgimento de reações diversas daqueles pretendidas no início das transformações políticas.

A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Paulo Bonavides: o Estado Social “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia” (BONAVIDES, 1996: 184).

através da demonstração das contradições internas do liberalismo e da vacuidade de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (ÁLVAREZ, 1999: 104). Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII (HOBSBAWM, 1995: 62).

Uma segunda reação ocorreu com os chamados “Estados Totalitários” implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo. Coloca o poder em uma elite, o que justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade (ÁLVAREZ, 1999: 106).

Se, de início, o que se pretendia era a superação do Estado Liberal, logo se percebeu –especialmente em função de sua fraqueza teórica– que não se tratava de superação alguma, mas apenas e tão somente de um “enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder” (DÍAZ, 1998: 57).

Além disso, o exame das suas principais características demonstra que não se tratava de uma nova teoria ou concepção de Estado, mas de uma remodelação das bases do Estado Liberal com as seguintes adaptações: 1) inseriu-se uma ideologia oficial com caráter de dogma, implantada à força; 2) fomentou-se a apatia política, o que ocorreu em consequência da inferioridade das massas em relação ao “poder intelectual” das elites; 3) os direitos e liberdades decorriam apenas e tão somente do Estado, submetidos a suas conveniências e interpretações; 4) consolidou-se a figura de líder político como detentor do poder constituinte; 5) estabeleceu-se uma organização, partido político ou não, funcionando como corrente de transmissão entre governante e governado; 6) criou-se um aparato policial a serviço da ideologia dominante, com a função de impedir qualquer divergência ideológica com aquele dogma; e, por fim, 7) o Estado se organizou de forma hierárquica e piramidal com os poderes legislativo e judiciário reduzidos a órgãos a serviço da ideologia oficial (ÁLVAREZ, 1999: 107)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Elías Díaz acrescenta: “a pesar de todas sus protestas demagógicas y ‘revolucionarias’, la verdad es que el fascismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es otro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado” (DÍAZ, 1998: 57).

Pois bem. Evidentes as dificuldades e deficiências que o modelo político apresentado na revolução francesa estava esgotado, tornando urgente a necessidade de um sistema político em que as minorias também fossem protegidas das vontades da maioria.

Luigi Ferrajoli bem sintetiza isso ao recordar a expressão “Há juízes em Berlim”, no sentido de que, em situações como aquelas vividas, a esperança passava pela ideia de que:

[...] debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. (FERRAJOLI, 2001: 27)

A resposta a esse reclamo passou pela resignificação do termo “democracia”, antes entendida unicamente como vontade da maioria. Supera-se a compreensão do Estado de Direito, seja liberal seja social, em especial sua essência: um Estado de Direito meramente legislativo, com adesão ao império da lei e ainda confundindo vontade da maioria com democracia.

## **1.2. A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito**

A boa novidade do século XX é o surgimento do Estado Democrático de Direito com sua marca fundamental, qual seja, a busca de um grau de juridicidade superior, no caso, a Constituição, documento colocado no centro de uma estrutura política, de onde irradia toda a sua força normativa. Inúmeras as mudanças que daí decorrem, a começar pela jurisdição, a qual deixa de ser entendida como mera manifestação da vontade do legislador. O juiz, nesse novo modelo, adquire uma liberdade maior, desprendendo-se das amarras que o forçavam a identificar lei com direito/justiça. Com as Constituições preocupando-se com declarações de direitos fundamentais também de ordem social, e ainda a concepção em torno dos princípios e sua normatividade, ficou insustentável a percepção da jurisdição unicamente como manifestação da vontade expressada na lei. Acima dela instalou-se um documento superior, com força vinculante e que trata de temas que até então não eram considerados em Cartas Magnas.

Para melhor compreender a construção desse novo modelo teórico, é preciso destacar que a vinculação formal, ou seja, a validade de uma lei deixa de ser

afetada exclusivamente pelo seu aspecto formal. É preciso também observar e atentar para a sua validade material, o que somente é possível com a distinção de dois modelos de Estado de Direito: de um lado o Estado de Direito em sentido fraco (apenas formal) e de outro o Estado de Direito em sentido forte (também substancial). No primeiro ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que no segundo (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995: 856)<sup>4</sup>.

A partir dessa separação se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005: 14).

A introdução desse novo modelo e seus novos instrumentos, produzem significativas alterações. Com o constitucionalismo rígido, dá-se a subordinação das leis aos princípios constitucionais, operando-se a introdução de uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à essência da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura

---

<sup>4</sup> Nas palavras de Ferrajoli, no caso do primeiro (formal), designa ele “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”, ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (FERRAJOLI, 2005: 13). Importante registrar que, na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Contudo, de qualquer sorte, o que se têm é que mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam “dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”, e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, “a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto” (FERRAJOLI, 2005: 18).

jurídica. Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada (PRIETO, 2005: 123).

Das três, merece destaque neste momento a primeira das concepções apresentadas, qual seja, constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, “quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico” (PRIETO, 2005: 124). De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política.

Essas duas concepções (como regra do jogo e como projeto político) refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder –em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder–, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas<sup>5</sup>.

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo (CADEMARTORI, 2006: 20), processo que –ao seu final– se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito (ZAGREBELSKY, 2002: 33).

No que toca a jurisdição, evidente a impossibilidade de mantê-la como no estado legislativo de direito, já que agora, com a complexidade do ordenamento jurídico e sua estruturação não mais unicamente sob o aspecto formal, mas também sob

---

<sup>5</sup> Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís: “sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias” (PRIETO, 2005: 126).



o aspecto substancial, o Juiz tem também a função de atentar também para a constitucionalidade da lei sob esse duplo aspecto, ou seja, sua função passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isso mesmo, “un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad” (FERRAJOLI, 2005: 18).

É inafastável a compreensão de que há uma ampliação do espaço decisório, situação típica do estado democrático de direito.

Afinal, se antes o Juiz ficava limitado à busca de soluções para os conflitos que se desenrolavam no espaço privado e onde o uso da lei era privilegiado, confundida que era ela (a lei) com o conceito maior de justiça, agora (com o Estado Democrático de Direito) sua atuação é outra, passando ele a julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição, os quais são apresentados por meio de princípios e regras.

Assim, não há dúvida de que, como bem diz Marinoni:

[...] se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto. (MARINONI, 2011: 104)

Evidentemente que tal concepção gera dificuldades, as quais estão ligadas especialmente ao poder de construção do juiz a partir do sistema normativo e dos fatos emanados do caso concreto, sempre com um único objetivo: tutelar os direitos fundamentais.

Daí sua função atual como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, podendo-se então dizer que esse o novo papel da jurisdição: é consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado Contemporâneo (MARINONI, 2011: 140).

## 2.A PROTEÇÃO AMBIENTAL E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

### 2.1. A previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

As mudanças ocorridas na estrutura do Estado de Direito, as quais resultaram no aparecimento e consolidação do Estado Democrático de Direito, resignificando



a concepção de “democracia”, produziram reformulações em todas as estruturas jurídicas. Seja no direito material (substancial), seja no direito formal (processual), tudo foi alterado a fim de adaptar-se à nova estrutura jurídica e política do Estado, já que o reconhecimento de novos direitos necessitaria, por certo, de novos instrumentos para sua materialização. Os tempos agora eram outros. Em lugar das declarações de direitos, havia a preocupação com a efetivação desses mesmos direitos<sup>6</sup>.

E foi justamente isso que aconteceu com o direito ambiental, e de modo mais específico, com a principiologia que o alimenta e as concepções que se criaram, nunca perdendo de vista a necessidade de que os direitos declarados em torno deste tema ganhassem a realidade. O ponto de partida foi a constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua elevação a categoria de direito fundamental. É a partir daí que, situado em idêntico patamar dos demais direitos fundamentais, há condições de gerar as necessárias vinculações para sua estrita observância<sup>7</sup>.

Diz o art. 225 da Constituição da República:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A esse respeito Morato Leite é categórico ao afirmar que:

[...] o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não meramente individual. Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que significa para todos essa qualificação? Significa que, para a efetividade desse direito, há necessidade de participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O Estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito. (MORATO LEITE, 2012: 87)

Foi com a Constituição de 1988 que o Brasil alcançou o Estado Democrático de Direito, daí decorrendo todas as consequências, dentre elas a colocação dos

---

<sup>6</sup> No dizer de Paulo Bonavides: “o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto, muito avançou o Estado Social da Carta de 1988” (BONAVIDES, 2005: 373).

<sup>7</sup> A doutrina classifica-os como direitos fundamentais de terceira geração. São aqueles que se despreendem da figura do indivíduo (e por isso calcados na fraternidade e na solidariedade), e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade à comunicação.

princípios em patamar diferenciado em relação às regras, dando-lhes a força vinculante necessária para a produção de resultados no campo fático, deficiência antes sentida em relação aos direitos fundamentais. Afinal, o tratamento dado aos princípios constitucionais, e em especial, aos princípios que norteiam o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, foi decisivo na consolidação da estrutura hoje existente e que tem alterado comportamentos e contribuído decisivamente para a consolidação dos direitos incrustados na ordem jurídica atual.

E quando se fala em “princípios”, importante destacar que vários são evidentemente os significados possíveis para esta palavra. Contudo, um ponto é comum a todas elas: um “princípio” designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamento ou normas se derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Em termos jurídicos, um dos conceitos mais utilizados é o de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem princípio:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELO, 1996: 545)

No caso do princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há dúvidas também que se trata de elemento central, mas sem desconsiderar que dele derivam outros tantos princípios (ou sub-princípios), os quais são fundamentais para o adequado manejo do sistema de proteção.

E quem nos apresenta uma série deles é Milaré (2011:1066), apontando os seguintes: princípio da solidariedade intergeracional; princípio da natureza pública da proteção ambiental; princípios da prevenção e da precaução; princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; princípios do controle do poluidor pelo Poder Público; princípio do poluidor-pagador; princípio do usuário-pagador; princípio da função socioambiental da propriedade; princípio da participação comunitária e princípio da cooperação entre os povos.

## **2.2. O princípio do poluidor-pagador**

Não desconsiderando a importância de cada um, mas objetivando destacar as alterações ocorridas na atividade jurisdicional, é de se destacar o princípio do

poluidor-pagador (*polluter pays principle*) e o tratamento que a jurisprudência tem lhe dispensado. A seu respeito, afirma a doutrina que sua base é formada pela natural vocação redistributiva do Direito Ambiental, vale dizer, há uma evidente primazia do interesse coletivo de forma a não permitir que apenas parte do grupo suporte os danos. O objetivo é fazer com que se inclua nos custos do produto o resultado dos danos ambientais, o que deverá ser levado em conta pelos os agentes econômicos.

Ainda a seu respeito diz Benjamin que tal princípio:

[...] esta na ordem do dia da formulação de políticas de proteção ao meio ambiente. É quase uma expressão mágica capaz de eliminar todos os males ambientais. Virou slogan dos diversos setores preocupados com a tutela ambiental, daí decorrendo, por certo, as nem sempre concordantes definições e interpretações que provoca. Todo dano ambiental, queiramos ou não, gira em torno do princípio poluidor-pagador, já que é este que orienta –ou deve orientar– sua vocação redistributiva, ou seja, sua função de enfrentamento das deficiências do sistema de preços. Por trás do princípio poluidor-pagador esta a pergunta: que paga pelos danos ambientais? O Estado –e, a partir dele, todos os contribuintes– ou o próprio poluidor? (BENJAMIN, 1993: 226-227)

Como se vê, é um princípio constitucional que contrasta diretamente com outros direitos fundamentais e igualmente previstos na Constituição Federal, como é o caso do direito de propriedade e de liberdade econômica (livre iniciativa), fundamentos do Estado Liberal e do Liberalismo Econômico. Tal característica acentua a necessidade de novos instrumentos e da inadequação do antigo estado legislativo de direito para dar conta do seu atendimento.

A esse reclamo atendeu a jurisprudência brasileira, firmando-se de modo claro orientação no sentido de que:

Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do *princípio do poluidor-pagador*, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar – por óbvio que às suas expensas– todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do *status quo ante* ecológico e de indenização. (STJ, Resp 769.753/SC, julgado em 08.09.2009)

A consequência disso é a consideração que de se trata de responsabilidade objetiva com a adoção da teoria do risco integral, ou seja, não há que se indagar a respeito de culpa bastando o exercício de atividade que implique em riscos para o meio ambiente, situação que decorre do disposto no art. 225, da Constituição de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações ocorridas e que denunciaram a incapacidade do estado de direito, em sua versão meramente legislativa, para dar conta de assegurar os direitos da minoria, foram fundamentais para a consolidação de uma série de novos direitos. Estes, apesar de antes reconhecidos como direito natural, jamais encontraram espaço para a positivação e/ou sua efetivação.

Ao se inaugurar um estado democrático de direito, como a colocação das constituições no centro de uma ordem normativa, de onde irradiam sua força vinculante, surgiram as condições para tanto. O juiz, que antes era apenas e tão somente um mediador de conflitos assume novas funções e passa a ser determinante na consolidação deste quadro, já que lhe é reservado o papel de instrumento para a garantia de direitos fundamentais.

Nesse passo é que merece destaque o direito ambiental e um dos seus princípios fundamentais, qual seja, o princípio do poluidor-pagador, o qual trás consigo não só a preocupação com a reparação integral do dano, mas também –e fundamentalmente– a atribuição da responsabilidade pelo pagamento dos danos causados àquele que lucrou com a atividade indevida.

Não se pode deixar de lado que, em nosso sistema, as atividades produtivas têm como objetivo central a obtenção de lucro, não refletindo os critérios de justiça social introduzidos em nosso sistema constitucional a obtenção deste lucro à custa da coletividade, razão pela qual necessária a existência de princípios que autorizem a quebra do paradigma da intangibilidade do espaço privado (e do lucro) em nome da defesa do patrimônio coletivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Conde, Enrique. (1999). *Curso de derecho constitucional*. Vol. I. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- Benjamin, Antônio Herman. (1993). "O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental". In: Benjamin, A.H. (Coord.). *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: RT.
- Bonavides, Paulo. (2005). *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed., atualizada. São Paulo: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. (1996). *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros editores.

- Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Julgado em 08.09.2009, Relator Ministro Antônio Herman Benjamin, Recurso Especial n.769.752-SC.
- Cademartori, Sérgio. (2006). *Estado de Direito e Legitimidade*. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora.
- Díaz, Elías. (1998). *Estado de derecho y sociedad democrática*. 3ª ed. Madrid: Taurus.
- Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 2ª ed. Tradução de Ibáñez, A.P. e Greppi, A. Madrid: Editorial Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2005). "Pasado y futuro del Estado de Derecho". In: Carbonell, M. (Org.). *Neonstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta.
- Hobsbawm, Eric J. (1995). *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras.
- \_\_\_\_\_. (2000). *A Era das Revoluções: Europa 1789-1948*. Tradução de Teixeira Maria Tereza Lopes e Penchel, Marcos. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Marinoni, Luiz Guilherme. (2011). *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Melo, Celso Antônio Bandeira de. (1996). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Milaré, Édís. (2011). *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7ª ed, ver., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Morato Leite, José Rubens. (2012). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Perelman, Chain. (1999). *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes.
- Prieto Sanchís, Luis. (2005). "Constitucionalismo y Garantismo". En: Carbonell, M. y Salazar, P. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo. (2002). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. 4ª ed. Trad. de Gascón, Marina. Madrid: Trotta.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Oliviero, Maurizio y Cruz, Paulo Márcio. (2013). "Reflexões sobre a crise financeira internacional eo Estado de Bem-Estar". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 78-94. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 23 de mayo de 2013

Aprobado el 6 de junio de 2013

# REFLEXÕES SOBRE A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL EO ESTADO DE BEM-ESTAR\*

MAURIZIO OLIVIERO\*\*

PAULO MÁRCIO CRUZ\*\*\*

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

## RESUMO

O presente artigo trata dos reflexos da atual crise financeira global nas estruturas do Estado de Bem-Estar europeu. A Europa que protege foi e é um lema da União Europeia. Todavia, o Estado de Bem-Estar vem sofrendo críticas na Europa desde as décadas de oitenta e noventa do século passado. A atual situação de crise intensa abre possibilidade para questionamentos dos modelos existentes de Estado de Bem-Estar sob diversos ângulos, colocando dúvidas sobre a atual oportunidade e viabilidade do mesmo. O objetivo deste artigo é incitar a discussão acerca dos limites e do destino próximo do Estado de Bem-Estar frente à crise financeira internacional.

**PALAVRAS CHAVE:** Estado de Bem-Estar, crise financeira internacional, Europa, União Europeia.

\* O presente trabalho é fruto das reflexões e debates efetuados pelos professores doutores Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero durante a estada do segundo na UNIVALI, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado e Doutorado, como Professor Estrangeiro Visitante, com bolsa da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, de março de 2011 a outubro de 2012.

\*\* Doutor em Direito e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia. Titular das disciplinas de Direito Público Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (Columbia University, Al-Quds de Jerusalém e Heidelberg, Alemanha – Max Planck Institut e Universidade de Alicante na Espanha). Embaixador do Programa Erasmus pela Itália. E-mail: oliviero@unipg.it

\*\*\* Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. E-mail: pcruz@univali.br

## REFLECTIONS ON THE INTERNATIONAL FINANCIAL CRISIS AND THE WELFARE STATE

### ABSTRACT

In the past five decades Europeans have transformed high taxes into a protection net which goes from the crib to the tomb. "Europe that protects" is the European Union motto. Nevertheless, the Welfare State has been suffering critics in Europe since the 1980s. The current situation of intense crises opens the possibility to question the existing Welfare State model from different viewpoints, raising doubts about the opportunity and viability of such State model. The objective of this paper is to promote the discussion about the limits and the near future of the Welfare State in the face of the international financial crisis.

**KEY WORDS:** Welfare State, international financial crisis, Europe, European Union.

## PARA COMEÇAR: NOTAS DE INTRODUÇÃO

A América Latina sempre enxergou os Estados de Bem-Estar europeus com admiração e com uma indisfarçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado. Nas últimas décadas o Estado de Bem-Estar foi sobejamente discutido nos meios acadêmicos como um modelo a ser seguido.

De maneira até inusitada, a crise iniciada em 2008 coloca em xeque o modelo de Estado, ou, pelo menos, gera questionamentos profundos sobre sua viabilidade a médio e longo prazo.

Os especialistas economistas assistem atônitos, com a sua ciência mais inexata do que nunca, a crise que começou nos Estados Unidos e vem derretendo ativos financeiros, empregos e a credibilidade de todo sistema econômico da Europa, com gravíssimas repercussões na vida do cidadão comum. Aquele cidadão que acreditou – e ainda acredita – ser seu modo de vida o mais adequado para as nações de nosso planeta.

Na verdade, em toda a Europa Ocidental, o estilo de vida europeu está em debate. O mundo todo sempre admirou os europeus por seu sistema de benefícios sociais e por seus sistemas de saúde pública. Enfim, por seu modelo de bem-estar social, em contraste com a dureza do jogo de mercado noutros países “capitalismocêntricos”, já pedindo desculpas pelo neologismo.

Os europeus, ao longo das últimas cinco décadas transformaram impostos altos em uma rede de proteção que vai do berço à sepultura. A Europa que protege é um lema da União Europeia. Mas todos os governos da Europa com grandes orçamentos, receitas fiscais em queda e envelhecimento da população enfrentam o aumento do déficit público e o endividamento privado – e outras notícias ruins produzidas pela crise financeira –.

Na Grécia, por exemplo, país atingido em cheio pela crise, a sociedade ressent-se de pagar impostos elevados para financiar um estado inchado e de eficiência duvidosa. Reverbera a antiga discussão entre a função pública, na qual seus membros chegam a se aposentar aos 50 anos com altos salários, enquanto aqueles que estão na iniciativa privada, pela forma como as coisas estão caminhando, terão de trabalhar até chegar aos 70. Em toda Europa existem questionamentos sobre qual será o futuro daqueles que dependem ou dependerão da assistência do Estado. Os cidadãos com idades próxima da aposentadoria estão profundamente pessimista em relação à consecução desse objetivo. Para esse cidadão, o governo está tergiversando sobre a solução aos graves problemas que atingem a população e não acredita que haverá condições de encher os cofres da previdência. A frase mais ouvida é a de que “o país não tem futuro”.



Entretanto, acredita-se que a perplexidade que toma conta da Europa Ocidental poderia ser amenizada com a retomada do debate sobre o novo papel do Estado de Bem-Estar<sup>1</sup>, que contestou a concepção liberal de que a liberdade e o desenvolvimento das atividades privadas só podem ser garantidos através da limitação das funções do Estado.

Considerando as experiências ocorridas nos países ocidentais, pode-se dizer que a transformação dos Estados liberais em Estados de Bem-Estar implicou uma ruptura de determinados aspectos da ordem jurídica e econômica até então existente.

Diante dessa realidade, o Estado passou a chamar para si a solução dos problemas sociais emergentes, principalmente através de sua principal característica: a intervenção direta nos domínios econômico, social e cultural.

Pode-se entender por Estado de Bem-Estar uma determinada concepção de conformação estatal, baseada na intervenção social e econômica que levaram a efeito alguns Estados liberal-democráticos contemporâneos. Uma análise da evolução do Estado Moderno mostra diversas experiências de intervenção social, econômica e –mais recentemente– cultural, do Estado<sup>2</sup>.

O Estado de Bem-Estar é, na verdade, uma adaptação do Estado burguês capitalista, ou seja, dos regimes baseados na Democracia pluralista. A plena articulação do Estado de Bem-Estar só pode funcionar com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, as propostas do Estado de Bem-Estar tiveram como intenção garantir a acumulação capitalista –mediante a intervenção sobre a demanda– com a intenção de manter a estabilidade social. Em segundo lugar, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma nova e importante dimensão à Democracia, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos sociais (SÁNCHEZ et al., 1996: 336).

Através do constitucionalismo social, o Estado de Bem-Estar passou a desenvolver ações acompanhadas de uma crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos (CRUZ, 2001: 202). Os esforços para garantir a igualdade de oportunidades –que, frise-se, é o objetivo principal do Estado de Bem-Estar– e distribuição de renda derivada de algumas ações do próprio Estado, completaram esta nova dimensão da Democracia que este modelo ideológico de Estado representa (BONAVIDES, 1996: 186).

<sup>1</sup> Estado de Bem-Estar é sinônimo de Estado Social Democrata ou simplesmente Estado Social, que são denominações diferentes para um mesmo modelo ideológico de Estado, cada um deles com algumas características próprias, como será visto mais adiante.

<sup>2</sup> Conforme Ernest Forsthoﬀ (1996: 123), em sua obra: *Por uma reconstrução da doutrina europeia sobre o uso conceitual do termo e natureza do estado social de direito*.

Portanto, principalmente em algumas matérias, o Estado de Bem-Estar –ou os poderes públicos– passou a prestar serviços diretamente à população, como nas já aludidas áreas da saúde, educação, habitação e, principalmente, a seguridade –ou previdência– social, como aposentadorias, auxílio-velhice, salário-desemprego, afastamentos remunerados para tratamento de saúde, pensões etc. Estas foram as ações através das quais o Estado de Bem-Estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais nos países onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o Estado de Bem-Estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

Esta tendência foi acompanhada também, por óbvio, de um aumento da carga tributária nestes países. As elites, diante da ameaça real do Comunismo instalado na extinta União Soviética, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando aquele regime ganhou força tecnológica e bélica, resolveram pagar esta conta. Que não foi pequena, mas que valeu a pena, em todos os casos, para aquelas elites. Foi mais ou menos no sentido do “entregar os anéis para não perder os dedos”.

Com o fim da União Soviética, no final da década de oitenta, esta tendência foi progressivamente freada, quando não invertida, pelo movimento ideológico denominado Neoliberalismo, que será tratado em capítulo próprio mais adiante.

Os estudiosos do Estado de Bem-Estar vêm utilizando como indicador, de maneira a estabelecer a intensidade do Estado de Bem-Estar em um determinado país, o nível de gasto público e, em particular, de gasto com o setor social. Este indicador se apresenta como um percentual sobre o conjunto da riqueza produzida pelo país (Produto Interno Bruto –PIB–). Na maioria dos países que adotam este modelo de Estado, o conjunto do gasto público, nas décadas de 70 e 80, chegou a representar entre 40 a 50% do PIB (GIORGIS, 2006: 1905). Em alguns países, como os escandinavos, tidos como exemplos de Estado de Bem-Estar, chegou a 50%.

A consequência desse movimento foi o sobrestamento de muitos dos dogmas liberais, com o Estado, antes considerado um mal necessário, passando a ser um elemento fundamental a todos os setores sociais, inclusive para aqueles que se opunham à sua intervenção (DALLARI, 1972: 136).

## **PARA DESENVOLVER: O ESTADO DE BEM-ESTAR E ALGUMAS ABORDAGENS IMPORTANTES**

Estado de Bem-Estar é o sistema político-econômico que, mantendo um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de condições sociais mínimas, como foi visto acima.

Esse conceito de Estado de Bem-Estar tem suas origens históricas nos segundo e terceiros quartos do Século XX, caso se aceite a premissa de que sua plena consolidação foi produzida após a Segunda Guerra Mundial. Em muitas ocasiões o seu conceito foi utilizado como sinônimo de “Estado Social”. Alguns autores, como Wolkmer (1990: 72), usam indistintamente ambos os termos. Outros, de acordo com o âmbito cultural no qual foram formados (nórdico ou anglo-saxão), utilizam as expressões “Estado Social” ou “Estado Social-Democrata” para definir categorias similares, senão iguais.

É possível apontar alguns aspectos diferentes entre ambos. Em primeiro lugar é preciso observar que o Estado Social é o modelo através do qual se concretiza a vontade de intervenção social dos organismos públicos, mesmo considerando que tanto o Estado de Bem-Estar quanto o Estado Social tenham reconhecimento constitucional. O que ocorre é que o nível de intervenção é diferente. Em segundo lugar, é comum utilizar-se o conceito de Estado de Bem-Estar para referir-se a âmbitos de intervenção pública que são menores que os incluídos no conceito de Estado Social.

A ação interventora e reguladora do Estado em matéria econômica e trabalhista, no que se refere à política salarial, pode-se dizer que é uma característica do Estado Social, mas que não faz parte dos objetivos primordiais do Estado de Bem-Estar.

É a partir dos anos 40, na Inglaterra, que são firmados e explicitados os princípios fundamentais do Estado de Bem-Estar. Em 1939, Alfred Zimmern, catedrático em Oxford, contrapôs *welfare* a *power*, numa clara intenção de diferenciar os regimes democráticos dos fascistas que por aquela época estavam em plena expansão no continente. O Estado de Bem-Estar, segundo a doutrina inglesa daquela década, deveria garantir a todos os cidadãos, independente de sua renda, a proteção de direitos sociais relacionados ao trabalho, previdência, saúde, maternidade e educação.

O fato de o uso do conceito de Estado de Bem-Estar ter origem acadêmica constituiu-se numa razão a mais para se prestar uma atenção especial às primeiras manifestações de concretização política da dimensão social do Estado.

A profunda crise estrutural da Sociedade e do Estado verificada entre as duas grandes guerras tem sido considerada a responsável pela exaustão completa do modelo liberal clássico. Neste período entre os dois conflitos mundiais, muitas transformações foram operadas. Neste sentido, como assinala Touchard, houve o desaparecimento do dualismo entre Estado e Sociedade e se manifestam abertamente os fatores que representavam para o Estado a transformação das capacidades e condições da existência individual (TOUCHARD, 1993: 489).

O avanço mais importante, entretanto, foi representado pela constituição do Estado como Estado Social, em resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes. Assistiu-se, portanto, no período entre guerras, principalmente, a uma retomada por parte do Estado e do seu aparelho, de uma função de gestão direta da ordem social, mas, sobretudo da ordem econômica, cujo andamento natural era agora posto em dúvida pela menor homogeneidade de classe da Sociedade Civil e pela impossibilidade de um controle automático e unívoco do próprio Estado, por parte desta mesma Sociedade.

O Bem-Estar voltou a ser o objetivo mais prestigioso da gestão do poder, embora não mais em função declaradamente fiscal e político-econômica, como nos tempos do Estado Absoluto, e sim, em vista de um progressivo e indefinido processo de integração social (BOBBIO, 1994: 430).

Este momento de surgimento de novas formas de prestação social a partir do Estado ou, preferindo, de ruptura com as políticas assistenciais próprias do Estado Liberal clássico, pode ser considerado como o início de um processo dinâmico de ajuste entre o indivíduo e o Estado. Um dos eixos principais de tal processo foi o surgimento da seguridade social em todas suas formas, fato que ajuda sobremaneira na análise científica dos diversos modelos possíveis do Estado de Bem-Estar.

Interessante ressaltar que, assim como o que se observa na atual crise europeia, o principal sintoma de esgotamento do modelo liberal clássico, durante as três primeiras décadas do século XX foi o aumento acelerado do desemprego. O Estado passou a patrocinar políticas que garantissem a preservação dos postos de trabalho. O próprio Estado passou a ser um empregador em grande escala, principalmente com o crescimento do contingente de funcionários públicos dedicados aos serviços sociais, resposta a uma demanda social cada vez maior. O Estado de Bem-Estar transforma-se num elemento importante na resolução do problema do desemprego (NAVARRO, 1998: 107).

Os economistas britânicos foram os responsáveis pela formulação econômica do Estado de Bem-Estar. A política econômica e social correspondente ao Estado de Bem-Estar corresponde às posições de John Maynard Keynes e seus seguidores (VERDÚ e MURILLO DE LA CUEVA, 2000: 120).

Podemos dizer que depois de Adam Smith e Thomas Malthus, economistas da escola clássica, e de Karl Marx, nenhum outro teórico foi tão importante quanto Keynes, pensador de muita influência na renovação das teorias econômicas tradicionais e na reformulação da política econômica do livre mercado.

A necessidade de alavancar o crescimento econômico e a extensão de um maior bem-estar para toda a Sociedade são considerados princípios indissociáveis que

se vinculam à crescente intervenção do Estado e que estão ligados, de forma inequívoca, a Keynes.

Numa leitura sistematizadora do postulado de Keynes, é possível dizer que ele defendeu seu conceito de “multiplicador de demanda” como sendo a regra através da qual o aumento dos gastos governamentais aumenta a demanda agregada, o que criaria uma otimização do trabalho e do capital numa escala tal que a produção se expandiria em proporção superior ao crescimento daqueles gastos.

Considerando-se estas análises, pode-se dizer que a “equação keynesiana” apoiou a possibilidade de se fazer convergir elementos de mercado e sociais através da articulação de políticas redistributivas.

Numa perspectiva histórica, parece evidente que a pregação de Keynes, como modelo que pretendeu promover a combinação de recursos entre o mercado e o Estado converteu-se, até fins dos anos setenta, numa doutrina econômica que quase ninguém questionava, na medida em que sua defesa se relacionava estreitamente com a construção do Estado de Bem-Estar e permitia que este desfrutasse de um amplo consenso.

A obra de Keynes foi plenamente reconhecida em seus últimos anos de vida. Em 1944, chefiou a delegação do Reino Unido à Conferência de Bretton Woods<sup>3</sup>, nos Estados Unidos.

O modelo keynesiano, independentemente de sua consistência teórica, contou com vários elementos que ajudaram a torná-lo uma unanimidade nos mais diversos setores sociais e ideológicos (KING e SCHNEIDER, 1993: 136). Uma das expressões mais visíveis deste fato foi o desaparecimento das disputas entre as classes sociais que convulsionaram as sociedades capitalistas nos períodos anteriores à II Guerra Mundial, o que pode ser atribuído a dois fatores:

- a) o crescimento econômico que as sociedades ocidentais experimentaram a partir dos anos cinquenta; e
- b) a extensão do Bem-Estar social a camadas cada vez mais amplas da Sociedade.

O Estado de Bem-Estar passou a gozar de um enorme grau de consenso, assim como as políticas econômicas keynesianas.

---

<sup>3</sup> Quando a guerra aproximava-se do fim, a Conferência de Bretton Woods foi o ápice de dois anos e meio de planejamento da reconstrução pós-guerra pelos Tesouros dos EUA e Reino Unido. Representantes estadunidenses estudaram com os colegas britânicos a reconstituição do que tinha estado faltando entre as duas guerras mundiais: um sistema internacional de pagamentos que permitisse que o comércio fosse efetuado sem o medo de desvalorizações monetárias repentinas ou flutuações selvagens das taxas de câmbio –problemas que praticamente paralisaram o capitalismo mundial durante a Grande Depressão–.

Nas duas décadas após a II Guerra Mundial havia uma sensação de que, efetivamente, a consolidação e a expansão do Estado de Bem-Estar correspondiam, na realidade, a um período que poderia significar o fim do confronto ideológico entre esquerda e direita ou entre liberdade e igualdade. O decurso dos acontecimentos, porém, mostrou o equívoco desta percepção.

De qualquer forma, em qualquer destas direções, as pesquisas disponíveis são suficientemente amplas para uma abordagem sistemática sobre este assunto. Um bom exemplo de coincidência que se pode encontrar nos estudos sobre o Estado de Bem-Estar é a que tem o gasto público como principal hipótese de pesquisa, critério muito utilizado até por conta da falta de dados para operar com outras hipóteses.

Um dos traços permanentes nos textos que tratam deste tema, é que a maioria das abordagens que se limitam à análise do Estado de Bem-Estar a partir dos investimentos públicos, consideram que todo gasto realizado pelo Estado tem o mesmo valor, independente dos seu fins e dos seus resultados.

Assim, as diferenças que devem ser apreciadas entre os diversos modelos de Estado de Bem-Estar possibilitam a elaboração de distintas classificações, como a classificação já clássica realizada por Titmuss, que distinguiu dois modelos: a) o residual, no qual o Estado desempenha uma função mínima na provisão do bem-estar, cujos serviços são de escassa qualidade e destinam-se à subsistência, ao contrário da mercado e da família, que são as instituições que gozam de maior relevância; b) o institucional que, diferente do anterior, tem o Estado como principal instrumento para a provisão do bem-estar (BLAS GUERRERO e VERDÚ, 1997: 117).

O britânico Richard Titmuss<sup>4</sup> é uma das principais referências contemporâneas e que se dedicou à investigação das políticas sociais e do Estado de Bem-Estar, em suas múltiplas formas e efeitos.

Os modelos ditos “institucionais” se caracterizariam pela universalidade dos serviços prestados, ou seja, com os serviços atendendo a toda Sociedade de forma indistinta. Nesta forma de organização, o Estado assume um papel de intervenção com o objetivo de assegurar um mínimo de bem-estar em todos aqueles âmbitos considerados imprescindíveis ao conforto individual.

Naqueles ditos “residuais”, ao contrário, a intervenção somente aconteceria quando falhassem os instrumentos preceptores –a família e o mercado– para a realização do bem-estar. Neste caso, a intervenção ficaria limitada a segmentos bem delimitados e praticamente excluídos da Sociedade.

---

<sup>4</sup> Richard Morris Titmuss (1907-1973), um dos maiores e mais respeitados estudiosos do Estado de Bem-Estar do Ocidente e um dos seus mais influentes teóricos na Grã-Bretanha, foi professor do London School of Economics de 1950 até sua morte, em 1973. Escreveu, entre outras obras, *The philosophy of welfare: selected writings of Richard M. Titmuss*, *Commitment to Welfare*, *Essays on “the welfare state”*, *Social policy: an introduction*, *Problems of Social Policy* e *Unequal rights*.

A diferença básica entre estes dois tipos de Estado de Bem-Estar está no fato de que, nos “institucionais”, os direitos sociais para a cidadania ocupam um espaço central, enquanto que, nos ditos “residuais”, os direitos estariam sujeitos a provas de merecimento por critérios de carência social.

Para se ir além do critério do estrito conhecimento do gasto público para classificar o Estado de Bem-Estar, deve-se ter em conta, então, a análise dos programas de intervenção do Estado em diversas políticas sociais. Aspectos como as condições para desfrutar das ações que oferecem os programas, universalidade e especificidade de alguns destes programas ou qualidade das transferências econômicas previstas nos mesmos são questões relevantes que devem ser consideradas quando se pretende aprofundar o debate sobre o Estado de Bem-Estar.

O Estado de Bem-Estar gozou de um amplo consenso desde os anos quarenta até os anos setenta, durando, mais especificamente, até a crise econômica de 1973, que abalou os princípios keynesianos e sobre os quais havia se sustentado. A partir desta crise o consenso do pós-guerra em torno da economia mista e do Estado-Providência, partilhado, sofreu seu primeiro importante revés (MISHRA, 1995: 05).

A fase de pujança econômica iniciada após a II Guerra Mundial chegou ao fim, por conta de dois fatos marcantes. O primeiro deles foi a decisão dos Estados Unidos de não manter a convertibilidade do dólar em ouro, tomada em virtude da quantidade da moeda norte-americana em circulação em outros países (BLAS GUERRERO e VERDÚ, 1997: 119). Os problemas econômicos causados por esta decisão se prolongaram desde meados da década de setenta até o início da de oitenta. Diante desta nova realidade econômica, os países ocidentais começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas baseadas no modelo keynesiano.

Importante ressaltar, no entanto, que a crise econômica de 1973 não foi a única responsável pelo questionamento ao modelo keynesiano. O segundo fato marcante foi o crescimento descontrolado do gasto público. Este fato, importante lembrar, é um dos grandes –se não o principal– problemas de países europeus, que se debatem entre a pressão de seus cidadãos para manter os benefícios do Estado de Bem-Estar e as exigências do Banco Central Europeu e do FMI para que controlem o *déficit* público, aumentem a carga tributária e para que o Estado abandone a intervenção em diversos setores, principalmente o social.

Está-se falando de uma época em que a Europa estava em estágio inicial de sua integração econômico-financeira.

Hoje a realidade é outra. Os governos atuais, na Europa, engessados pela gestão centralizada do euro, passam a ter que conviver com a contradição de manter

os altos custos do Estado de Bem-Estar e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas (CRUZ e REAL, 2010: 12-17). Em qualquer dessas situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral são fantasmas sempre presentes.

A intervenção do Estado para regular a economia, que havia sido a prática característica do modelo keynesiano para fazer frente, respectivamente, ao crescimento da estagnação ou ao da inflação, mostrara-se ineficientes para combater a atual crise na Europa.

Com o desequilíbrio fiscal e o aumento da recessão e do desemprego, verificado, principalmente, nos países da periferia europeia, a estrutura pública de Estado de Bem-Estar ficou ainda mais vulnerável.

As novas orientações são no sentido de que os governos não devem manter as políticas voltadas para o pleno emprego, já que isto criaria efeitos indesejáveis, como o aumento da inflação e a diminuição da produtividade.

Será muito difícil manter a base ideológica e política do Estado de Bem-Estar diante da onda conservadora e tecnocrata que assola o Ocidente europeu. Pode-se dizer que os principais serviços universais –manutenção dos rendimentos, cuidados de saúde e educação– terão grandes dificuldades para sobreviverem ao movimento neoconservador na Europa Ocidental.

O Estado de Bem-Estar vem sofrendo críticas na Europa desde as décadas de oitenta e noventa do século passado. A atual situação de crise intensa abre possibilidade para questionamentos dos modelos existentes de Estado de Bem-Estar sob diversos ângulos, colocando dúvidas sobre a atual oportunidade e viabilidade do mesmo. De forma ampla, as críticas correspondem a três posturas ideológicas distintas e, dependendo do tema em discussão, opostas: o neoliberalismo, o neoconservadorismo e a neotecnocracia (se é que se pode chamar assim), esta última representada por correntes reformistas, como aquela representada pelo Premiê Mario Monti, na Itália (CRUZ, 2011: 76).

As pregações neoconservadoras giram em torno, principalmente, de movimentos políticos e econômicos destinados a diminuir o Estado Médio de Bem-Estar para a condição de um Estado capaz de enfrentar a atual crise econômica na Europa e insistem em dois fenômenos para sustentar esta “nova” proposta de atuação política, econômica e estatal:

- a) **a Crise de Governabilidade**, originada por uma ideologia igualitária que tende a “deslegitimar” a autoridade política, através de uma intervenção do Estado que não pretendia outra coisa senão corrigir efeitos sociais perversos causados



pelo passado Liberalismo. A disposição do Estado de intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga de demanda. As bases de sua crítica se situam no corolário de que o Estado não pode assimilar uma demanda por serviços públicos e gratuitos ilimitada por parte da Sociedade; e

- b) **a Sobrecarga do Estado** a partir de concepções pluralistas da Sociedade, que se compõe de múltiplos grupos, cujos interesses são objeto de negociação e compromisso com o Poder. Estes grupos trabalham com uma expectativa cada vez mais elevada para o seu nível de vida. O sistema de disputa entre os grupos de pressão e as agremiações políticas obriga o governo a assumir vários compromissos, mesmo que contraditórios, para se manter no Poder. Assim, os governos não possuem autoridade suficiente para impor o que se poderia denominar de um adequado ajuste econômico. As tentativas feitas pelos governos para ter maioria nos parlamentos implicaram ampliar ao extremo o exercício da negociação, deturpando a concepção de Democracia. O resultado desta falta de “correções periódicas de rumo” acaba por formar um círculo vicioso do qual o Estado de Bem-Estar, após determinado período, torna-se refém.

O Neoconservadorismo é o principal movimento de oposição aos modelos de Estado de Bem-Estar observado na atual crise. O Estado de Bem-Estar e a Democracia Social, por extensão, são, para a Neoconservadorismo, incompatíveis com a ética e a liberdade política e econômica.

Contra o Estado de Bem-Estar existem, atualmente, argumentos muito robustos e não são poucos nem de pouca intensidade. Os neoconservadores, aliados muitas vezes aos neoliberais (e até mesmo a liberais ortodoxos), mesmo ressalvadas as discordâncias que se possa ter em relação aos seus argumentos, expõem contradições muito concretas em suas críticas.

Muito do que se pode ler sobre a grave crise pela qual atravessa a Europa permite apontar essas contradições, sendo possível resumir aquelas que seriam as mais relevantes e as que mais têm tido efeito na opinião pública:

- a) o *Desestímulo à Economia de Mercado* provocado pelo Estado de Bem-Estar. Segundo este argumento, o Estado de Bem-Estar retira do mercado os incentivos para investir e empreender;
- b) o *Alto Custo* do Estado de Bem-Estar, provocada pelo rápido crescimento das burocracias e castas de funcionários públicos, concorre em recursos humanos e econômicos com a iniciativa privada e consome recursos que poderiam ser aplicados na produção industrial não-estatal;
- c) a *Incapacidade de Solução* do Estado de Bem-Estar. Um exemplo dos argumentos –que parecem inconsistentes– que os neoconservadores e neoliberais utilizam em relação a esta incapacidade do Estado de Bem-Estar

- seria relativo à pobreza, já que, apesar dos recursos destinados ao seu combate, não conseguiu erradicá-la;
- d) a *Obstrução da Liberdade*. Além do risco à Democracia, esta crítica está relacionada também com a impossibilidade da escolha, pelos cidadãos, dos serviços que serão colocados ao seu dispor;
  - e) a *Oposição à Iniciativa Privada*, que é produzida como consequência do superdimensionamento do tamanho do Estado. A redução de seu tamanho –para chegar a um Estado Novo Mínimo–, a privatização dos serviços, a contenção do poder dos sindicatos de trabalhadores e a redução da burocracia são as principais propostas que o Neoconservadorismo, o Neoliberalismo e a Neotecnocracia apontam como alternativas às políticas típicas do Estado de Bem-Estar.

Porém há outras questões que são apontadas como responsáveis pela crise do Estado de Bem-Estar e a sua falta de capacidade para atender a suas funções tradicionais:

- a) o *Estado como protetor*, não funciona como deveria, já que não consegue evitar a falta de segurança pública, o terrorismo e o surgimento de movimentos anarquistas;
- b) o *Estado como administrador industrial* tem demonstrado sua incompetência. Suas empresas sempre dão prejuízo, sufocam as pequenas e médias empresas e sacrificam o setor primário da economia;
- c) o *Estado como controlador econômico* mostra uma política econômica marcada por incertezas e oscilações, com recessão, monetarista e não-monetarista, sendo incapaz de evitá-la;
- d) o *Estado como magistrado* está desprestigiado, oferecendo uma justiça lenta e, algumas vezes, corrupta. Não raramente, incorre em inconstitucionalidades evidentes e é refém do corporativismo, tanto público como privado.

Estamos assistindo a talvez a mais grave crise do Estado social, que afeta todas as suas estruturas: políticas, socioeconômicas e jurídicas. Estamos vivendo uma aguda e crítica etapa de transição da civilização ocidental de modo que o Estado, fruto dessa civilização, sofre intensamente essa crise (VERDÚ e MURILLLO DE LA CUEVA, 2000: 117).

Com possivelmente algumas poucas exceções e bem determinadas, será muito difícil o Estado de Bem-Estar Social e seus programas históricos sobreviverem em sua matriz original (CRUZ, 2008: 9). É preciso observar se a força mais ampla da história continuará atuando com a crise iniciada em 2008.

## PARA TERMINAR: EM DIREÇÃO À DEFINIÇÃO DE UM NOVO MODELO DE ESTADO NA EUROPA. LIMITES E PRÉ-CONDIÇÕES.

Fundamentado em tudo o que até aqui foi exposto e discutido, a relação causa-efeito da crise em relação ao Estado de Bem-Estar na Europa aparece como um enredo que não pode ser separado ou desmembrado. O Estado de Bem-Estar e a crise iniciada em 2008 são indissociáveis<sup>5</sup>.

Nessa discussão deve-se também considerar o fato de que o fundamento constitucional do Estado de Bem-Estar faz parte do núcleo duro do constitucionalismo europeu, como seu pressuposto de fundo para a aceitação de tal modelo de Estado de Bem-Estar.<sup>6</sup> Mas mesmo assim, essa tradição de constitucionalismo social, diante do contexto atual globalizado, sem regras claras de mercado, corre o risco de desintegrar-se em confronto com a voracidade e a rapidez que o sistema econômico mundial impõe aos países ocidentais atualmente (CRUZ e STELZER, 2009: 132).

Diversamente de tudo quanto sucede nos EUA, onde a marginalidade e a disparidade sociais foram sempre dominantes, com a vantagem de um mercado de trabalho muito mais flexível, boa parte dos Estados europeus estão descobrindo graves carências nos serviços sociais, o que é mais complicado quando ligada a uma constante e crescente precariedade no mercado de trabalho. Em outras palavras, a crise econômica além de acentuar a crise de trabalho quase zerou o valor “amortizador” social do Estado de Bem-Estar. Segundo os recentes dados fornecidos pela UE, nos Países membros, cerca de 114 milhões de pessoas, no mês de julho de 2010, estavam no risco de exclusão social: cerca de um jovem entre quatro está ainda à procura da primeira ocupação.

Neste quadro, a Europa aparece extremamente frágil já que como se tratou anteriormente, as diversas variantes nacionais do modelo de Estado de Bem-Estar Europeu estão realmente em profunda crise. Ademais, parecem nesta fase prevalecerem os egoísmos nacionais. Estes fatores, valorados conjuntamente, constituem os limites absolutos para o encaminhamento de soluções de curto e médio prazo para a referida crise.

As finalidades da presente reflexão poderão ser úteis, também, em relação ao debate que está envolvendo os principais protagonistas da atual fase histórica, indicando algumas tendências que tentam redefinir o sistema do Estado de Bem-Estar europeu no contexto da crise econômica.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Sobre isso, recomenda-se seja observada a crítica de Fink, Janet, Lewis, Gail e Clarke, John. (2001). *Rethinking European Welfare*. Londres: Cortinew Publications.

<sup>6</sup> Sobre isso ver: Cousins, Mel. (2005). *European Welfare States, comparative Perspectives*. Londres: SAGE Publications.

<sup>7</sup> Sobre isso ver: Jimena Quesada, L. (2011). *A Sustentabilidade dos direitos sociais*, Milano, p. 76 e Campedelli, M. (2010). *Na crise, um direito de Welfare? Entre evidências, direitos e experimentabilidade*. Bologna, p. 594.

O exercício realizado no presente artigo, como em outras partes também destacado, requer uma capacidade diferente e inovadora de compreender a complexidade, a amplitude e a globalidade dos problemas que as autoridades monetárias europeias tentam varrer para debaixo do tapete. Além disso, é necessária também uma nova investida metodológica baseada na interdisciplinaridade de análises entre juristas, sociólogos, cientistas políticos e economistas.

Nesta perspectiva, a construção de um novo paradigma social europeu, que possa ser sustentável, requer algumas pré-condições imprescindíveis de razoabilidade e justiça, como: a) a redefinição estrutural da organização política da União Europeia, caracterizada por critérios de unidade fiscal (não só monetária); b) a redeterminação dos paradigmas de equidade social; e c) a adoção de instrumentos flexíveis de equilíbrio orçamentário (CRUZ e OLIVIERO, 2012: 23). Mas, se a moderação é a face jurídica da sustentabilidade econômica dos direitos sociais e do próprio Estado de Bem-Estar, a vontade política é a pré-condição fática sem a qual nada é possível (CRUZ e REAL, 2011: 13). Até o momento não há qualquer definição sobre qual projeto político-estratégico a União Europeia realmente adotará. Não está claro se a União Europeia pretende construir uma sociedade indubitavelmente mais austera e sóbria, mas realmente solidária no seu conteúdo e direcionada aos mais necessitados, ou se, ao invés disso, pretenda “decidir não decidir”, ou seja, perpetuar, em nome da idolatria ao mercado, uma política neoliberal sabidamente inconsistente, permitindo que um sentimento cada vez mais egoísta tome conta de seus membros, o que significa renunciar ao seguinte passo da integração da Europa do tipo *ab infra* (dentro, abaixo, entre) e a um critério de solidariedade mais forte, que seja *ab intra* (fora, acima) e que não seja *ab extra* (distante, longínqua).

Em outras palavras, a situação atual poderia ser definida como um tempo de carência de regras; de ausência de estadistas e líderes europeus e mundiais com estatura suficiente para enfrentar esse desafio; e, como consequência deste panorama, de ausência de adequadas e corajosas escolhas político-legislativas nos diversos níveis nacional e continental, tanto europeu como global.

A austeridade fiscal e os esforços para reduzir salários em países que sofrem estrangulamento monetário podem causar a fratura de sociedades, governos e até dos Estados. Sem uma solidariedade maior, é improvável que essa história termine bem.

Neste contexto, no qual parece prevalecer um conjunto de táticas de curto prazo e típicas dos egoísmos favoritos dos governos nacionais, que sofrem de miopia relativa aos direitos sociais e àqueles referentes às expectativas humanas das gerações futuras, é importante não se deixar de assinalar e/ou considerar a função de suplência subsidiária desenvolvida pela jurisprudência. Emerge, de maneira sempre mais evidente, o relatório decisivo, racional e estratégico dos tribunais

nacionais e supranacionais, cuja jurisprudência parece substituir os Parlamentos nesta longa transição sistemática (não somente europeia, mas mundial) cujos êxitos são pouco divulgados.

O dado incontroverso é que o vazio normativo e a ausência de políticas legislativas produziram um fenômeno de reforço normativo do tipo jurisprudencial, a ponto de se poder afirmar que a existência de alguns direitos, não só os sociais, são muito mais fruto de um trabalho de criação judicial do Direito do que movimentos coordenados de governos ou de autoridades europeias (COLAPRIETRO, 2009: 46).

Substancialmente, além da valoração puramente formalista, ao menos na Europa, o Estado Constitucional Moderno parece adquirir, definitivamente, semblantes de um Estado jurisdicional, profundamente “empapado” de direito supranacional europeu. O que permite especular o embrião de um Estado Transnacional.

Nesse sentido o trabalho dos tribunais europeus, por ter servido como núcleo duro das tradições constitucionais, contribui para alimentar o desenvolvimento de um endereço comum transnacional (CRUZ e OLIVIERO, 2012: 5).

Mesmo que o papel desempenhado pelos tribunais pareça claro, menos compreensível parecem ser as consequências jurídicas sobre a ordem constitucional e as econômicas sobre o tratamento político dado à crise. Na realidade, a possível consequência disso tudo é que os tribunais europeus, apenas atentando ao núcleo valorativo da tradição do constitucionalismo europeu, alcançado através de diversas decisões, levem a um modelo de “Estado de Bem-Estar Real”, que em realidade está sustentado pela estrutura judicial europeia e não positivado. Tudo isso fruto de uma política legislativa descoordenada e, sobretudo, sem uma análise do impacto econômico de tal modelo no tempo (*ex ante* e *ex post*), tarefa que deveria ser dos legisladores em suas tarefas decisórias (RODOTÀ, 2007: 76). Portanto, a ausência de debate sobre a sustentabilidade-factibilidade-exigibilidade intensifica o risco e pode produzir um posterior agravamento da relação entre o Estado de Bem-Estar e a crise econômica, com uma definitiva renúncia ao modelo histórico europeu. Já não por opção, mas por necessidade.

Tal risco declinado acima pode assumir dimensões ainda mais complexas. De fato, ou a crise econômica em relação ao Estado de Bem-Estar constitui uma ocasião de relançamento do modelo como oposição à globalização negativa, de segunda oportunidade e de redenção corajosa do sonho e do modelo comunitário ou se revelará o infeliz início do fim do projeto europeu.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blas Guerrero, Andrés e Verdú, Jaime Pastor. (1997). *Fundamentos de ciencia política*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Bobbio, Norberto. (1994). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. 6 ed. Brasília: UNB.
- Bonavides, Paulo. (1996). *Do Estado liberal ao Estado social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros.
- Campedelli, Massimo. (2010). *Na crise, um direito de Welfare?: Entre evidências, direitos e experimentabilidade*. Bologna: Il Molino.
- Colapietro, Carlo. (2009). *A jurisprudência constitucional na crise do Estado Social*. Padova: UNISOB.
- Cousins, Mel. (2005). *European Welfare States, comparative Perspectives*. Londres: SAGE Publications.
- Cruz, Paulo Márcio. (2001). *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá.
- \_\_\_\_\_. (2008). Soberanía y transnacionalidad: antagonismos y consecuencias. *Revista de Derecho vLex*, Barcelona - Espanha. Vol. 63, pp. 1-10.
- \_\_\_\_\_. (2011). *Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI*. Itajaí: Editora da UNIVALI.
- Cruz, Paulo Márcio e Oliviero, Maurizio. (2012). "Reflexões Sobre o Direito Transnacional - Itajaí/Perugia". *Novos Estudos Jurídicos (Online)*. Vol. 17, pp. 18-28.
- Cruz, Paulo Márcio e Real Ferrer, Gabriel. (2010). "Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica". *Jurídicas*. Manizales (Colombia). No. 2, Vol. 7, pp. 13-41.
- \_\_\_\_\_. (2011). "A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Vol. 1, pp. 1-23.
- Cruz, Paulo Márcio e Stelzer, Joana (Org.). (2009). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá.
- Dallari, Dalmo de Abreu. (1972). *O futuro do Estado*. São Paulo: USP.
- Fink, Janet, Lewis, Gail e Clarke, John. (2001). *Rethinking European Welfare*. Londres: Cortinew Publications.
- Forsthoﬀ, Ernest. (1996). *Por uma reconstrução da doutrina europeia sobre o uso conceitual do termo e natureza do estado social de direito*. Milão: Giuffrè.
- Giorgis, Andreas. (2006). In: Cassese, Sabino (Org.). *Dizionario di Diritto Pubblico*. Vol. III. Milano: Editora Università Bocconi.
- Jimena Quesada, Luis. (2009). "A Sustentabilidade dos direitos sociais". *Revista de Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. Valencia: Editora Universidad de Valencia.
- \_\_\_\_\_. (2011). *A Sustentabilidade dos direitos sociais*. Milano.
- King, Anthony e Schneider, Benton. (1993). *Teoría política en el Estado de Bien-Estar*. Madrid: Alianza.
- Mishra, Ramesh. (1995). *O estado-providência na sociedade capitalista*. Tradução de Ana Bairradas. Oeiras: Celta.
- Navarro, Vicenç. (1998). *Neoliberalismo y estado de bienestar*. Barcelona: Ariel.
- Rodotà, Stefano. (2007). "Nel silenzio della politica i giudici fanno l' Europa". In: *La Carta e Le Corti - I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*. Taranto: ed. Chimienti.
- Sánchez, Jordi et al. (1996). *Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza.
- Touchard, Jean. (1993). *Historia de las ideas políticas*. Tradução de J. Pradera. 5 ed. Madrid: Tecnos.
- Verdú, Pablo Lucas e Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. (2000). *Manual de derecho político*. Madrid: Tecnos.
- Wolkmer, Antônio Carlos. (1990). *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Guerini, Eduardo y Stanziola Vieira, Ricardo. (2013). "A transdisciplinaridade como ferramenta para a real efetivação do direito ambiental: a teoria científica transdisciplinar como lógica estrutural para os operadores do direito". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 95-122. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 23 de mayo de 2013  
Aprobado el 6 de junio de 2013

# A TRANS- DISCIPLINARIDADE COMO FERRAMENTA PARA A REAL EFETIVAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL: A TEORIA CIENTIFICA TRANSDISCIPLINAR COMO LÓGICA ESTRUTURAL PARA OS OPERADORES DO DIREITO

## RESUMO

O presente trabalho faz uma crítica da abordagem unidisciplinar muitas vezes adotada nos estudos jurídicos. Traz uma análise da transdisciplinaridade, como alternativa paradigmática para a resolução dos conflitos sociais e em especial de temas ambientais ou socioambientais. Como uma alternativa civilizatória ou ponto de bifurcação surge a Teoria Científica Transdisciplinar que se constitui numa possibilidade de mudança dentro da lógica estrutural para os operadores do direito. Pautado por um método indutivo de investigação, o trabalho busca avaliar os potenciais do paradigma transdisciplinar como ferramenta para a real efetivação do Direito Ambiental.

**PALAVRAS CHAVE:** Conflito ambiental, degradação ambiental, desenvolvimento sustentável, exclusão, paradigma, transdisciplinaridade.

EDUARDO GUERINI\*

RICARDO STANZIOLA VIEIRA\*\*

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ

\* Economista. Mestre em Sociologia Política pela UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas/PMGPP da Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI-. E-mail: Eduardo.guerini@univali.br

\*\* Professor dos programas de mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas/PPCJ e mestrado em Gestão de Políticas Públicas/PMGPP da Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI-. E-mail: ricardostanziola@univali.br

## TRANSDISCIPLINARITY AS A TOOL FOR REAL IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL LAW: THE SCIENTIFIC TRANSDISCIPLINARY THEORY AS STRUCTURAL LOGIC FOR LAW OPERATORS

### ABSTRACT

The present work is a critique to the mono-disciplinary approach often adopted in many legal studies presently. It provides an analysis of transdisciplinarity as an alternative paradigm for the resolution of social conflicts particularly environmental or socio-environmental issues. As an alternative civilizational perspective, or as a bifurcation, the transdisciplinary scientific theory arises as a possibility of change in the structural logic for law professionals. Guided by an inductive research method, the study sought to determine the potential of the transdisciplinary paradigm as a tool for the proper enforcement of environmental law.

**KEY WORDS:** Environmental conflict, environmental degradation, sustainable development, exclusion paradigm, transdisciplinarity.



## INTRODUÇÃO

A unidisciplinaridade cunhada pelo método cartesiano há muito já não consegue resolver os questionamentos humanos e nenhum cientista sério neste início do terceiro milênio se atreve a querer resolver as questões humanas a partir de um único enfoque, um único olhar, uma única visão. Existe a necessidade premente de uma alternativa paradigmática para a resolução dos conflitos sociais, pois se o paradigma unidisciplinar não resolve os questionamentos humanos, quiçá os paradigmas científicos multi, pluri ou interdisciplinar.

Como uma alternativa civilizatória ou ponto de bifurcação surge a Teoria Científica Transdisciplinar que se constitui numa possibilidade de mudança dentro da lógica estrutural para os operadores do direito. A Transdisciplinaridade pode ser utilizada, ainda, como ferramenta para a real efetivação do Direito Ambiental.

### I. O CAMINHAR HISTÓRICO DO SABER E O PARADIGMA TRANSDISCIPLINAR

#### 1.1. Primeiro momento: a construção cartesiana do saber

Desde o início do seu *Discurso do Método* fica extremamente clara a postura pessoal filosófica adotada por Descartes, pautada no antropocentrismo, onde em comparação com o homem as demais formas de vida são relegadas a planos inferiores, sejam elas animais (a colocação da inexistência da “alma” e da “razão” eram circunstâncias depreciativas e sinais de inferioridade na escala da evolução) ou vegetais.

Sua retórica enaltece sempre a presença do paradigma “da filosofia da escola” e as diversas formas de como a ciência se encontrava subdividida e como as via e analisava, sendo relevante que se destaque a ausência da comum “arrogância do cientista”<sup>1</sup>. Para Descartes “[...] o caminho não é menos aberto aos mais ignorantes do que aos mais doutos [...]” (DESCARTES, 1996: 81). Através deste pensamento percebe-se que não há destaque da superioridade do pensamento científico sobre os demais, sendo que tais colocações evidenciam a tentativa de união dos procedimentos da fé (credo) com os procedimentos da razão (ciência), transformando-se em ponto capital de sua filosofia. Até os dias de hoje, tal visão permanece como alicerce do paradigma da possibilidade infinita de exploração dos recursos naturais, sem limites de qualquer forma, como se a sustentabilidade fosse apenas uma opção e não a única saída ambiental possível.

---

<sup>1</sup> Ao analisarmos o contexto histórico onde se encontrava inserido o seu texto, era mais do que prudente a humildade pessoal e científica, uma vez que o peso do clero sobre a sociedade tinha poder de vida e morte.

A retórica da “apologia do especialista” fica muito clara a partir de colocações do tipo “não há tanta perfeição nas obras compostas de várias peças, e feitas pelas mãos de vários mestres, como naquelas em que apenas um trabalhou” (DESCARTES, 1996: 90), sendo que discorre sobre as especialidades quando deseja defender o determinismo científico nas mãos de uma só pessoa, um só pesquisador, muito embora se releve mais uma vez prudente.

A partir deste ponto apresenta a sua lógica de como lidar com a ciência, a partir dos seguintes preceitos (DESCARTES, 1996: 90): a) nunca aceitar nenhum fato científico como verdadeiro; b) dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível; c) conduzir por ordem os pensamentos –a metodologia científica, começando pelos objetos, preceitos e verdades mais simples–; e d) efetuar revisões gerais para nada omitir.

Como seu pensamento apresentava um novo método científico, uma nova maneira de se ver e enxergar as ciências, passou-se a exigir uma nova moral, pois uma nova visão científica implicava necessariamente em uma nova moral. Descartes denomina-a de moral provisória<sup>2</sup> e consiste na necessidade de ser o mais firme e resoluto que se pudesse nas convicções.

Sua grande máxima “penso, logo existo” demonstra sua inversão da realidade alicerçado na metafísica, onde não revela o fenômeno e sim tenta explicá-lo; não o compreende e tenta de maneira mágica (imaginária) interpretá-lo, com certeza alicerçado na grande mescla entre fé e ciência devido ao poder da igreja e do clero em seu momento histórico, e principalmente sobre a pressão que a igreja exercia sobre os filósofos e cientistas de então.<sup>3</sup>

O pensamento cartesiano descreve uma visão mecanicista da Natureza, quando a identifica como “máquina perfeita”, o que serviu e serve de alicerce paradigmático para a exploração indiscriminada dos recursos naturais de qualquer ecossistema sob a égide de que a recomposição ambiental é automática e ilimitada, não existindo finitude dos recursos desta, o que se manifesta em toda a lógica capitalista atual.

Descartes afirmava ser possível usufruir da Natureza de maneira ilimitada, como se esta existisse não “com o homem” e sim “para o homem”, o que fica demonstrado

---

<sup>2</sup> No prefácio dos *Princípios*, Descartes explica: “Uma moral imperfeita que se pode seguir provisoriamente, enquanto não se conhece ainda uma melhor” (DESCARTES, 1996: 91). A moral perfeita “pressupõe inteiro conhecimento das outras ciências” e é “o ápice da sabedoria”. Entretanto, Descartes não nos deixou um tratado sistemático expondo esta moral. Mas *Tratado das Paixões* e a correspondência com a princesa Elizabeth mostram quais foram suas reflexões neste tempo.

<sup>3</sup> Descartes (1996: 94): Em francês, *je pense, donc je suis*; na tradução latina, *ergo cogito, ergo sum sive existo*. Pela tradução latina, vê-se que *je suis* (eu sou) deve ser tomado no sentido forte de “eu existo” (senão como sujeito psicológico, a menos a título de coisa pensante, de condição interna de cada pensamento). Quanto a *eu penso*, este deve ser tomado no sentido de “eu, que penso”. A acepção cartesiana do termo “pensar” é muito ampla, como explica o próprio filósofo: “Pelo termo pensar, entendo tudo o que ocorre em nós de tal modo que o percebemos imediatamente por nós mesmos” (*Princípios*, I, 9; ver também *Meditações*, II).

com colocações como: “[...] usufruir, sem trabalho algum, os frutos da terra e de todas as comodidades que nela se encontram [...]”, sendo que se contradiz quando coloca “[...] o pouco que aprendi até agora é quase nada em comparação com o que ignoro [...]”, a não ser e é o que parece que suas considerações passavam a ter validade dependendo da situação e da circunstância.

Desta forma a Natureza era servil, celeiro de provisões, depósito de mantimentos, o que é compreensível, embora não justificável, se olharmos para o contexto histórico em que Descartes estava incluído e a falta de percepção ambiental devido a pequena velocidade da degradação ambiental daquele período histórico, muito embora naquele século Paris já enfrentasse sérios problemas de saúde pública.

Muito embora em alguns momentos se mostrasse extremamente generoso como quando coloca que se devesse “[...] comunicar fielmente ao público todo o pouco que eu tivesse descoberto [...]”, em outros alicerça o paradigma da exploração máxima dos recursos naturais, o que coloca o trato das questões ambientais da maneira como existia e persiste até hoje, onde a grande maioria acredita que os recursos naturais são infinitos.

René Descartes deve ser reconhecido como um grande pensador, um filósofo que em muito alavancou a ciência, tanto que até hoje inúmeros de seus preceitos são ainda seguidos. Devemos pensar e refletir, e não ficar repetindo longe de qualquer rigor científico, a máxima dos adeptos do “*achismo crônico*”: “- Quem, Eu??? Eu não!!! Eu não sou Cartesiano”.

### **1.1.1. O Erro de Descartes**

Damásio questiona diretamente o dualismo com que Descartes separava a mente do cérebro e do corpo sob a noção da “alma” e faz um contraponto com a idéia errônea contemporânea de que o cérebro nada mais é do que um Hardware e que a mente é o software de programação, ou ainda, que mente e corpo estão integrados, porém na visão de que o corpo simplesmente existe para suprir a mente (DAMÁSIO, 1996: 65).

Sua maior contribuição e questionamento são de ordem pragmática e filosófica quando acertadamente afirma que “[...] antes do aparecimento da humanidade, os seres já eram seres. Num dado ponto da evolução surgiu uma consciência elementar” ou mais diretamente ainda nos revela que “para nós, portanto, no princípio foi a existência e só mais tarde chegou o pensamento” (DAMÁSIO, 1996: 68).

Damásio ainda tenta uma investigação sobre a máxima “penso, logo existo” colocando o benefício da dúvida nesta colocação, se realmente Descartes disse o

que queria dizer, porém, ele mesmo a rechaça, devido as colocações do próprio Descartes quando diz: “e reparando que esta verdade, ‘Penso, logo existo’, era tão certa e tão segura que nem sequer as suposições mais extravagantes dos cétricos a conseguiam abalar, cheguei a conclusão de que a receberia sem hesitação alguma como o primeiro princípio da filosofia que procurava” e ainda refere-se de forma inequívoca a outra afirmação, qual seja: “Por isto eu soube que era uma substância cuja essência integral é pensar, que não necessitava de um lugar para a existência desta substância [...]”.

Por fim coloca que a compreensão cabal da mente humana requer a noção de uma *perspectiva global* do organismo: uma inter-relação entre corpo e mente, e ainda, da importância das emoções e dos sentimentos na forma de encarar a realidade do mundo.

## **1.2. Segundo momento: a multi e a interdisciplinaridade**

O primeiro grupo de trabalho interdisciplinar que se tem notícia foi montado por Georges Gusdorf<sup>4</sup> e se constituía num grupo de especialistas voltados para a pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas; tal projeto foi apresentado em 1961 para a UNESCO, e muito embora não tenha sido implementado, o mesmo passou a servir de referência para a produção científica quando se mencionava e se menciona interdisciplinaridade.

A partir também de Gusdorf, no Brasil o marco da interdisciplinaridade foi estabelecido por Ivani Fazenda e Hilton Japiassu pois ambos possuíam viés francês.

Em 1970 a OCDE –Organização Econômica dos Países Desenvolvidos– promoveu em Nice na França um Seminário Internacional sobre Interdisciplinaridade, sendo que neste evento Piaget cunha pela primeira vez a expressão “transdisciplinar” alegando que aos trabalhos interdisciplinares deveriam se suceder etapas superiores cujas interações disciplinares aconteceriam num espaço sem as fronteiras disciplinares (zonas de não resistência), ou seja, seriam a transcendência das disciplinas.

A partir de então surgem os trabalhos e pesquisas de Edgar Morin, E. Jantsch e tantos outros que passam a pesquisar o pensamento complexo, a lógica difusa e a transdisciplinaridade.

No Brasil, o lançamento do livro de Hilton Japiassu em 1976, com prefácio do próprio Gusdorf marca o início da discussão acadêmica do paradigma interdisciplinar; tal livro foi o resultado da tese de doutorado de Japiassu, concluída um ano antes em Paris, e se constitui até hoje na maior referência sobre o paradigma interdisciplinar no Brasil.

---

<sup>4</sup> Georges Gusdorf, filósofo francês nascido em 1912 e lecionando em Estrasburgo desde 1952.

Tanto Ivani Fazenda quanto Hilton Japiassu se baseiam na classificação realizada por Jantsch em 1972 para associar a palavra “justaposição” ao paradigma multidisciplinar e “integração” ao paradigma interdisciplinar. A justaposição no paradigma multidisciplinar se refere aos conteúdos das disciplinas, enquanto que a integração no paradigma interdisciplinar refere-se na relação entre os pesquisadores ou membros da equipe de pesquisa.

Hilton Japiassu nem menciona o prefixo “trans” antes de disciplina, nem ao menos levanta a hipótese de sua existência; já Ivani Fazenda apresenta tal paradigma como uma impossibilidade, uma utopia, com a argumentação de que para se transcender as disciplinas haveria a necessidade de uma autoridade, uma hierarquia, a ser imposta entre as disciplinas, negando-se o diálogo entre elas.

No paradigma interdisciplinar pouco se avança efetivamente em termos científicos tendo em vista que ambos se baseiam em coordenações solidárias e em relações de parcerias entre os diversos níveis de percepção da realidade construídos entre as diversas disciplinas presentes no processo; tal práxis é ineficiente uma vez que continua se baseando na disciplinaridade, em uma única dimensão de realidade e um foco multireferencial onde cada um expressa sua percepção da realidade levando em consideração somente a sua referência pessoal e disciplinar cartesiana; o esforço de integração é baseado na subjetividade objetiva dos sujeitos envolvidos e nunca sobre o objeto a ser observado, em suma, interessa quem observa e não o que é observado.

O suposto compromisso deste modelo é resgatar a unicidade do conhecimento, porém, simplesmente fragmentar a subjetividade dos vários sujeitos envolvidos no processo não amplia de forma significativa nem quantitativamente nem qualitativamente a visão do objeto, o que não altera em nada as várias percepções a respeito deste mesmo objeto.

Apesar do já colocado com referência tanto aos paradigmas multi, pluri e interdisciplinar, cabe ressaltar que já em 1970 Piaget cunha o termo “Transdisciplinaridade como sendo a transcendência das disciplinas, a superação do esquartejamento científico de Descartes e a busca do diálogo entre as diversas formas de saberes além do científico”.

### **1.3. Terceiro momento: o paradigma transdisciplinar**

Com o intuito de alicerçar plenamente a epistemologia adotada no presente trabalho, num primeiro enfoque cabe esclarecer que o termo paradigma é adotado conforme a noção dada por Thomas Kuhn em *A Estrutura das Revoluções Científicas* (KUHN, 2000), em seu sentido *latu*: “o conjunto de valores e crenças que norteia o fazer científico de um determinado praticante científico, ou cientista”.

Ainda foi adotado o paradigma do Pensamento Complexo, conforme proposto por Edgar Morin (1999), e o paradigma da Autopoiésis, conforme proposto por Humberto Maturana e Francisco Varela.

Num segundo enfoque cabe deixar claro qual o tipo de saber que é adotado na presente pesquisa para a construção do paradigma transdisciplinar à o saber quântico, plenamente conhecido e alicerça da teoria de Fritjof Capra. O saber é o conhecimento de um sujeito mais a lógica que ele se utiliza para justificar este conhecimento, portanto, se justifica a adoção do saber quântico uma vez que o mesmo é marcado pela pertinência difusa simultânea (da não possibilidade de se estabelecer o lugar exato dos componentes da matéria) que também é a base do raciocínio transdisciplinar, que permite compreender a realidade de um mesmo objeto possuindo dois ou mais comportamentos lógicos distintos.

O saber quântico ainda possibilita, enquanto saber transiente que o é, o transitar e o comunicar-se, sem entrar em contradição, com os demais quatro saberes constituídos e suas respectivas lógicas: a) o saber religioso ou as tradições, b) o saber filosófico ou o sagrado, c) o saber popular ou o senso comum e d) o saber científico ou a episteme.

### **1.3.1. A arquitetura do paradigma transdisciplinar**

A seguir apresentamos a possível arquitetura, a forma como é estruturado o paradigma transdisciplinar e onde ele se alicerça.

A multidimensionalidade do objeto transdisciplinar é caracterizada pelas diversas dimensões de realidade para um mesmo objeto. Cada uma destas dimensões é caracterizada, construída e entendida pelas leis físicas que o regem.

As leis físicas que regem um nível de realidade não cabem ou não se aplicam a outro nível, como por exemplo, as leis físicas do nível atômico não se aplicam ao nível ou molecular, e como exemplo citamos a molécula de água  $H_2O$  (bebível) composta de dois átomos de hidrogênio H (explosivo) e um átomo de oxigênio O (oxidante); sabemos que a molécula é composta assim, que emerge assim, mas não por que o faz. E da mesma forma e mais intrigante, a emergência da vida do nível molecular.

Como coloca Basarab Nicolescu:

Deve-se entender por nível de Realidade um conjunto de sistemas invariantes sob a ação de um número de leis gerais: por exemplo, as entidades quânticas submetidas às leis quânticas, as quais estão radicalmente separadas das leis do mundo macrofísico. (NICOLESCU, 1999: 25)

A multireferencialidade do sujeito transdisciplinar diz respeito aos diversos níveis de percepção da realidade e ao histórico de referência do pesquisador, ou seu universo disciplinar<sup>5</sup>, incluindo sua experiência, suas crenças e seus saberes na construção desta percepção.

A cada nível de percepção da realidade corresponde diretamente um nível de realidade, desde que as leis físicas se alterem de um nível para outro, pois o contrário seria querer subjetivamente mudar o objetivo ou o objeto observado; tal dicotomia é observada em psicoterapia como a tendência de se querer alterar a realidade a partir do enfoque subjetivo do observador.

Numa equipe de pesquisa cuja metodologia é apontada como transdisciplinar, os sujeitos devem possuir a capacidade de transitar por diversas percepções e suas epistemes, ou seja, uma zona de não resistência calcada no sagrado e no domínio lingüístico de cada um destes e seu conjunto de referências históricas, construídas a partir da experiência vivida por cada um dos participantes com a postura de sempre se identificar a legitimidade do outro.

A lógica do raciocínio transdisciplinar é de natureza difusa. A física quântica com seu indeterminismo<sup>6</sup> e o conjunto matemático difuso perfazem sua fundamentação física.

Quando dois sujeitos ou mais conseguem reconhecer suas pertinências pelo encontro de seus sagrados, emerge daí o que chamamos de zonas de não resistência onde ambos podem transitar com o mínimo esforço, sendo que quando estas zonas de não resistência se encontram em um espaço cognitivo de verticalidade simultâneo entre os diversos níveis de realidade diz-se que aí ficou estabelecida uma Unidade Aberta onde os sujeitos aprendem não só com a autopoiesis do seu operar como também com o operar do outro.

O sujeito é sempre aquele que sujeita algo, realiza algo e quando este consegue manter sua pertinência unidisciplinar específica ao construir sua inclusão no espaço dos demais sujeitos e ainda transita sem resistência entre as demais pertinências dos outros universos disciplinares dos demais sujeitos que com ele interagem, aí este sujeito se transforma, ou melhor, se qualifica “transdisciplinarmente” se convertendo em um “sujeito transdisciplinar”.

---

<sup>5</sup> Universo disciplinar: conjunto difuso dado pelo domínio lingüístico de uma disciplina, pelo praticante disciplinar e sua episteme, e para exemplificar a presente colocação citamos a medicina e a psicologia, ou o médico psiquiatra e o psicólogo, que possuem “olhar diferenciado” para as ditas “patologias da mente”, pois o psiquiatra fala em “doença mental” e o psicólogo afirma que a “mente não adocece” (desde que este psicólogo não seja um psicanalista...).

<sup>6</sup> “[...] é impossível localizar uma partícula quântica ou dizer qual é o átomo que se desintegra num momento preciso... Indeterminismo não quer de maneira alguma dizer ‘imprecisão’” (NICOLESCU, 1999: 23).

Pra que isto aconteça é necessário que este sujeito consiga identificar em sua ontogenia e sua ontologia a pertinência que ele possui com os demais seres, e aí ele passa a ter consciência de que muito embora possua um universo disciplinar único e especialista é possível transitar entre as pertinências dos demais seres sem conflito, uma vez que reconhece o seu Sagrado e o Sagrado do legítimo outro.

Querer compreender e apreender a realidade a partir de uma lógica binária reducionista é, antes de tudo, desconsiderar a ontologia e complexidade da realidade.

Porém, cabe salientar e deixar bem fundamentada a idéia de que o objeto transdisciplinar se constitui na emergência não só dos diversos níveis de realidade como prescinde de diversos níveis de percepção de realidade; em suma, o que qualifica um objeto de transdisciplinar é o olhar do sujeito transdisciplinar.

Com a finalidade de oferecer sustentabilidade e fundação epistêmica ao paradigma transdisciplinar e ainda deixar evidente o modelo de realidade perseguido, além da idéia de sujeito e objeto uma vez que tanto um quanto outro se constituem em emergências e portanto não estão localizados no plano material, passa a existir a necessidade da existência de um terceiro elemento que os una.

Como a dialógica do sujeito e do objeto é impossível de ser racionalizada e formalizada matematicamente o Sagrado passa a ser o terceiro elemento que se inclui para dar sentido a esta mesma dialógica.

O principal desvio no caminhar transdisciplinar é a confusão comum em torno do que são “níveis de realidade” e “níveis de percepção da realidade”, sendo que, como estes níveis são irreduzíveis e descontínuos não se pode pretender explicar um nível a partir do domínio lingüístico de outro, pois isto significaria a redução de dois níveis de realidade a um só pela exclusão do terceiro elemento.

Temos a clara noção e a fundamentada idéia de que a questão ambiental seja extremamente urgente e emergencial e, ainda, de que os paradigmas ambientais até aqui postos e expostos se revelaram ineficazes e inoperantes, tanto de maneira pontual quando na visão macro de tentativas de soluções.

Desta forma, Kuhn afirma que “quando um paradigma se mostra ineficaz outro imediatamente se apresenta e se sobrepõe” (KUHN, 2000 p. 32) evidenciando que a sustentabilidade passou a exigir novas estratégias de atuação, além da já tradicional forma competitiva.



### 1.3.2. A perspectiva metodológica da transdisciplinaridade

#### 1.3.2.1. A dimensão afetiva

Por intermédio de três abordagens: *a cooperativa, a estética e a cognitiva* é que iremos construir a perspectiva metodológica da **dimensão afetiva**.

A primeira abordagem, *a cooperativa*, pretende despertar um sentimento de inclusão do sujeito em seu ambiente longe da tradicional exclusão do ser humano como forma superior de existência ou ainda incitar a um religare do sujeito com o universo, o cosmos, o ambiente local e as pessoas por intermédio de conceitos de pertinência, afinidade e solidariedade.

A segunda abordagem, *a estética*, tenta produzir, criar um emocional voltado para o reconhecimento da estética (enquanto forma externa da ética) do acoplamento estrutural do sujeito com seu ambiente, o chamado caminho da beleza, por intermédio dos conceitos de essência, criatividade e estética.

A terceira abordagem, *a cognitiva*, trabalha o emocional pela capacidade de representação da intersubjetividade através da técnica de construção de um texto coletivo.

É necessário que se leve em consideração que a simples consciência da degradação ambiental não é suficiente para revertê-la uma vez que permanecer no emotivo, sem possibilidades de superação não conduz a nenhum tipo de solução e é fundamental que se coloque que a transcendência pelo racional não é possível como veremos a seguir.

Quando imergimos no emocional devido a qualquer tipo de conflito humano, de imediato nos situamos no **nível afetivo conflitual** onde não reconhecemos nem a legalidade nem tampouco a legitimidade do outro; e como não o reconhecemos nos recusamos a discutir sua posição antagônica com a nossa; enquanto não houver a superação deste nível afetivo conflitual não existe a mínima possibilidade de avanço.

Ainda dentro do nível afetivo, quando não racionalmente e sim afetivamente passamos a considerar a possibilidade da legitimidade do outro, começamos a trilhar um caminho que, no mínimo, nos leva a considerar as razões deste outro, e assim emergimos dentro de um **nível afetivo contraditório** e não mais conflitual, pois com a postura de que o outro é legítimo passamos a admitir a hipótese de que alguns de seus argumentos também são legítimos.

É necessário que se tenha a consciência de que esta superação se dá pelo espectro emocional do sujeito e nunca pelo racional, pois querer colocar e admitir que a superação é racional seria contradizer inúmeros e inúmeros exemplos da realidade onde a superação em nenhum momento se dá pelo racional.

Dentro da perspectiva de se procurar uma solução para as questões ambientais identificamos o par de contraditórios neste nível afetivo como sendo sociedade x natureza que vêm a resultar na degradação ambiental, que só será superada com a presença do terceiro elemento incluído na dimensão superior, a conceitual, que trata de qualificar e provocar a transcendência do sujeito por intermédio de um conjunto mínimo de conceitos introdutórios ao paradigma da sustentabilidade ambiental.

#### 1.3.2.2. A dimensão conceitual

A perspectiva metodológica da **dimensão conceitual** passa pelo resgate do histórico da etapa inicial da metodologia interdisciplinar, qual seja a de construção de conceitos-chaves com vistas a se estabelecer um domínio lingüístico entre os envolvidos no processo; porém, necessário estabelecer e deixar claro que este domínio lingüístico não deve ser estabelecido pelo seu valor em si e sim com a finalidade de se dar amplitude qualificada ao espaço vertical de acessamento cognitivo da trans, aberto por intermédio das emoções.

Ao serem inseridos no contexto de construção de cada conceito-chave e sua respectiva era histórica, os participantes tem a possibilidade e a oportunidade de colocar todo o conhecimento histórico de seu universo disciplinar o que passará a integrar o texto coletivo na medida em que se constituírem em domínio lingüístico de todos os participantes do grupo.

A partir de então, o domínio lingüístico construído será a zona de transição sem resistência que vai dar forma ao espaço transdisciplinar e possibilitar a verticalidade cognitiva.

O par de contraditórios desta dimensão, ainda dentro da perspectiva de se procurar uma solução para as questões ambientais, é identificado como sendo a oposição entre conceitos do paradigma da sustentabilidade x conceitos do universo unidisciplinar que só será superada pela pertinência difusa entre estes dois conjuntos de conceitos-chaves por intermédio da qualificação das pessoas envolvidas no processo e na adequação e revisão dos vários universos disciplinares, o que só ocorrerá com a identificação do terceiro elemento da dimensão superior a ser incluído, qual seja, a do planejamento estratégico das ações ambientais; ou se continua na via unidisciplinar excludente e fragmentadora ou se assume a abertura da inclusão em direção a sustentabilidade.

### 1.3.2.3. A dimensão estratégica

A **dimensão estratégica** é resultado de uma metodologia resultante da articulação de três referências básicas: a) a metodologia de planejamento estratégico para o setor público e sem fins lucrativos proposta por John Bryson (1988); b) a concepção de estratégia de Henry Mintzberg (1994) e c) o raciocínio dialógico da complexidade.

As etapas do Planejamento Estratégico se subdividem em:

- 1) O Acordo Inicial entre os diversos participantes individuais e institucionais.
- 2) O Resgate do Histórico do movimento da sustentabilidade introduzindo o participante na onda civilizatória do desenvolvimento sustentável.
- 3) A identificação do Mandato atual normativo do novo estilo de desenvolvimento.
- 4) A construção da Missão da equipe, criando o foco coletivo de trabalho.
- 5) A elaboração do Diagnóstico Estratégico, elemento dialógico fundamental no processo.
- 6) A Formulação das Estratégias e a construção da Visão de Sucesso.

O par de contraditórios desta dimensão estratégica é dado pela realidade de contrários revelada no diagnóstico estratégico, ou seja ambiente externo : riscos x oportunidades e ambiente interno: pontos fortes x pontos fracos os quais só serão superados pela concepção estratégica dialógica, terceiro elemento da lógica ternária transdisciplinar.

### 1.3.2.4. A dimensão conceptiva

A construção da **dimensão conceptiva** é a de maior atuação cognitiva dos participantes e está subdividida em três etapas:

- 1) Resgatando o conceito de *coordenação solidária* já proposta pela interdisciplinariedade. A coordenação é muito mais estabelecida pela capacidade mediadora do coordenador do que propriamente por competência disciplinar embora esta também seja relevante. Sua capacidade de aglutinar conceitos-chaves e auxiliar no estabelecimento um domínio lingüístico para o grupo também é fundamental.
- 2) A *concepção dimensional* da pesquisa é a etapa seguinte, a qual é estabelecida para atender as estratégias formuladas na dimensão anterior. O foco dado pela missão e a visão de sucesso são eixos verticais que transpassam as várias dimensões.
- 3) O detalhamento fractal que consiste em sua aplicação às linhas de ações, construindo o acoplamento de cada ação individual e unidisciplinar ao espaço transdisciplinar.

O par de contraditórios desta dimensão se dá pela tensão essencial entre a concepção da pesquisa formulada pela equipe e a realidade ontológica sobre a qual o projeto irá atuar, ou seja projeto/pesquisa x realidade ontológica o qual só será superado com a inclusão do terceiro incluído que neste caso se revela como a cognição, o aprender com o operar, que se revela a única forma possível de superação e transcendência das questões estabelecidas; é ela, a cognição, o elemento mediador do conflito, do contraditório deste nível de realidade.

#### 1.3.2.5. A dimensão cognitiva

A produção do conhecimento das diversas linhas de ação do projeto se constitui na **dimensão cognitiva**, o aprender com o próprio operar.

A seguir os suportes cognitivos utilizados:

- 1) O *epistêmico*, dado pela discussão sempre presente com a equipe sobre os fundamentos paradigmáticos da práxis utilizada em ressonância com a abertura exigida pelo paradigma transdisciplinar.
- 2) O *pedagógico*, que tem sido responsável pela permanente disposição à aprendizagem e a construção coletiva do conhecimento, tanto no cerne da equipe quanto junto a comunidade.
- 3) O *metodológico*, o qual nos garante o rigor no processo. Utiliza-se a metodologia histórica das cinco eras como eixo estrutural do conhecimento disciplinar.

O par de contraditórios deste nível de realidade é dado pela dicotomia entre o poder agregador das informações produzidas x poder desagregador das culturas políticas que só será superado e transcendido pelo gerenciamento autopoietico das informações produzidas e concebidas.

Muito embora se trate de querer mudar “o poder por dentro”, isto não é impossível pela qualidade mediadora do processo transdisciplinar; mesmo o poder aceita mudanças se o *status quo* vigente não garantir a sua existência e a sua sobrevivência.

#### 1.3.3. A dimensão do efetivo

A **dimensão do efetivo** ainda está por ser consolidada no processo transdisciplinar por perseguir a efetividade, a eficácia do processo. Como a transdisciplinaridade não se utiliza de racionalidade instrumental para agir, ou seja, não persegue os fins a qualquer custo e a qualquer meio, seu agir no mundo é substantivo, qualitativo antes que quantitativo, qualificativo antes de desagregador; na visão sustentável de mundo a eficácia pela eficácia, a efetividade pela efetividade não é possível uma

vez que a racionalidade da sustentabilidade é substantiva, ou seja, não há como os fins justificarem os meios.

O par de contraditórios desta **dimensão efetiva** é constituída pela relação de dicotomia entre eficiência x eficácia que só é superada pela emergência desta relação que é a *efetividade* do processo, revelada pelo grau de satisfação subjetiva da comunidade envolvida no processo..

É justamente quando a efetividade encontra-se com a afetividade dentro do processo que a transdisciplinaridade cumpre o seu papel. É efetivo se for afetivo; é válido se contenta os vários interesses envolvidos no processo.

### 1.3.4. Desenvolvimento e sustentabilidade

A partir deste momento abandonar-se-á qualquer referência ao pensamento de Descartes no tocante a idéia de que a natureza é mecanicista e existe para a dominação e possessão humanas. Ter-se-á em mente a partir de então, que o ser humano integra a biosfera e que esta não existe unicamente para prover suas necessidades físicas e biológicas mais imediatas.

Desenvolvimento é definido “cartesianamente” como sendo um sinônimo da palavra progresso sob a ótica capitalista, onde o que importa são os “altos índices de rendimento dos fatores de produção” sob o ponto de vista de um mecanicismo da Natureza e que esta existe para prover o homem de suas necessidades.

Porém, ao olharmos o vocábulo fora de uma ótica mecanicista da Natureza e considerando ainda que somos um elo da corrente da vida na Natureza e não seus possuidores e proprietários, de imediato seremos conduzidos a repensar tais colocações e redefinir difusamente sob à ótica do Pensamento Complexo o conceito-chave de “Desenvolvimento Sustentável” como a apropriação e utilização dos recursos naturais com visão de futuridade, onde fica demonstrada a preocupação com a sobrevivência das gerações futuras de todas as formas de vida do planeta, sob o preceito da inclusão solidária da espécie humana e não de sua exclusão como forma superior de existência, o que forma as bases jurídicas para o direito transgeracional.

É de fundamental importância a mudança de paradigma científico no concernente as questões ambientais, mais precisamente no abandono da visão mecanicista da Natureza de Descartes e Newton, na direção de uma visão holística ecológica, onde o homem faz parte e está incluído e não é parte isolada e excluído por ser forma de vida superior e dominadora.

Os novos pensamentos e paradigmas científicos no concernente não só as questões ambientais como de toda e qualquer forma de saber já iniciaram a jornada rumo ao ecocentrismo com o conseqüente abando do antropocentrismo.

De fundamental relevância a colocação de Fritjof Capra a respeito do padrão para a compreensão da vida, da indagação se existe um padrão que possa ser identificado em todos os organismos vivos.

Este padrão é a rede, ou teia como se preferir. Onde quer que encontremos sistemas vivos –organismos, partes de organismos ou comunidades de organismos– poderemos identificar a auto-organização em forma de rede, de teia. De acordo com Capra “sempre que olhamos para a vida, olhamos para redes” (CAPRA, 1975: 78). Relevante ainda mencionar que se todas as organizações dos sistemas vivos se organizam em forma de rede, de teia, nem todas as redes são sistemas vivos.

Tais considerações nos levam a refazer nosso pensamento e nos força a redirecionar nossos conceitos, por exemplo, de que as leis deterministas Darwinianas não mais se sustentam, pois possuem sua base nos antigos preceitos de Descartes e de Newton, e que qualquer consideração com referência a rede, a teia da vida nos leva a repensar a Teoria da Evolução das espécies, mais como uma consequência da autopoíesis, estruturas dissipativas e cognição dos sistemas vivos do que por lei deterministas de causa e efeito, muito embora não desconsideraremos as leis genéticas e ambientais.

Segundo Capra, “reconectar-se com a teia da vida significa construir, nutrir e educar sociedades sustentáveis, nas quais podemos satisfazer nossas aspirações e nossas necessidades sem diminuir as chances das gerações futuras” (CAPRA, 1975: 87).

Segundo Capra (1975: 50), “a cognição é a atividade que garante a autogeração e a autopropetuação das redes vivas. Em outras palavras, é o próprio processo da vida”, ou ainda “a cognição envolve todo o processo da vida –inclusive a percepção, as emoções e o comportamento– e nem sequer depende necessariamente da existência de um cérebro e de um sistema nervoso” o que por si só finalmente supera o dualismo cartesiano entre mente e matéria.

Não é necessário ser nenhum cientista ou ambientalista para, numa atitude sincera de observação da realidade, chegar a conclusão de que estamos vivenciando um momento histórico onde nos deparamos com um ponto de bifurcação civilizatório devido ao abismo intelectual, moral e espiritual contemporâneo. Querer responsabilizar o pensamento mecanicista da natureza de Descartes ou até a idéia de causa e efeito de Newton como responsável pela crise existencial que vivemos é simples e simplório demais, pois mesmo a dualidade cartesiana não mais é justificativa para o que acontece no mundo.

#### 1.3.4.1. A perspectiva dialógica da sustentabilidade

O funcionamento de um sistema –conjunto de elementos reunidos para cumprir uma finalidade– é explicado por sua lógica; o *modus operandi* do sistema é a lógica

do sistema, como ele opera. A lógica do funcionamento de um planejamento e de um agir estratégico é dado por três essências, quais sejam:

- a) *A primazia da competição*: em todas as etapas de implantação do planejamento estratégico e principalmente na implementação das estratégias, a lógica é sempre a da competição, sendo que esta pressupõe a exclusão do outro, ou pelo menos a redução de seu espaço e este outro podem ser pessoas, organizações ou a própria natureza.
- b) *O domínio da razão instrumental*: tudo e todos são instrumentos do meu desejo e da missão que escolhi e o que justifica tal afirmação é a razão instrumental, quando os fins justificam os meios, sem nenhum escrúpulo e sem remorsos.
- c) *A redução da missão às metas*: o sucesso das estratégias e a concretude dos planos é dado pelas metas por seu caráter reducionista, pois uma vez atingido a meta, esta pode ser revista e ser superada por outra, pois a missão no planejamento estratégico moderno é algo que não se atinge nunca, é utópico seu alcance concreto.

O histórico do planejamento estratégico nos induz a pensar que seu único elemento motivador, tanto das ações quanto das emoções, bem como de sua lógica e raciocínio seria a competição, porém, a partir de agora, se apresenta uma outra possibilidade, qual seja, a de se associar ao planejamento estratégico uma lógica dialógica, cujo elemento motivador seja uma unidade –qualidade daquilo que é unido, e não uma unicidade– qualidade daquilo que é único.

## **2. A INSTALAÇÃO DO CONFLITO AMBIENTAL: UM PROCESSO DE EXCLUSÃO HUMANA**

### **2.1. O conceito de conflito sob a ótica do pensamento complexo**

À luz da Teoria do Pensamento Complexo e ainda da Lógica Difusa, torna-se necessária uma análise a partir das relações nas quais o conflito se encontra inserido, e assim sendo, é fundamental que se qualifique a expressão conflito, pois a mesma deixa de possuir valor em si, para se tornar parte de uma relação, por exemplo, quando qualificamos conflito urbano, conflito armado, conflito militar, conflito econômico ou financeiro...

Ao avançarmos neste rumo de investigação, constatamos que nossa sociedade, como não possui uma lógica difusa baseada na solidariedade humana e sim uma lógica binária alicerçada na competitividade, possui o conflito em seu cerne. Como toda competição requer uma estratégia, aquela adotada na sociedade capitalista

como pedra fundamental foi a estratégia da guerra, do conflito, com vistas a alcançar o sucesso em todas as atividades humanas, seja em tempos de guerra ou de paz.

Neste ponto, torna-se necessário o estabelecimento de um domínio linguístico na construção do conceito de conflito ambiental. Ao analisarmos os vocábulos “conflito” e “ambiental”, em uma tentativa frustrada de simbiose ou pura aglomeração, verificaremos que a simples fusão não apresenta resultado que traduza o real conceito no novo termo agora qualificado, pois a *stricto sensu*, seria simplesmente luta do ambiente, ou luta com o ambiente.

Porém, ao analisarmos a questão do conflito ambiental à luz da Teoria do Pensamento Complexo, onde o importante passa a ser as relações e suas implicações, poderemos estabelecer um domínio linguístico tal que nos possibilite identificar de pronto o que conflito ambiental pretende tornar claro, pretende exprimir.

Para que se estabeleça com rigor o domínio linguístico e a idéia-conceito do que significa conflito ambiental é necessário que anteriormente se tenha claro o significado da expressão degradação Ambiental.

Para que a degradação ambiental instale-se e passe a existir é imprescindível que a luta pela sobrevivência do ser humano perante a natureza, implique não somente na sua dominação e controle, mas sim na sua espoliação e extermínio, de maneira consciente ou não, de maneira alienada ou não ou até imbuída de má fé, onde se torna fundamental a exclusão das leis naturais e o desrespeito pela “teia da vida” (CAPRA, 1975) e pelo sagrado da natureza. Desta forma, tem-se um julgamento errôneo de que os recursos naturais são infinitos e jamais se exterminarão e que não existe a necessidade de uma utilização racional destes recursos com vistas a sustentabilidade (SILVA, 2002: 112).

Parte-se do princípio de que a natureza se auto-renova, se auto-gerência, se auto-regenera (o que acontece até um determinado nível, dependendo do intervalo temporal e do nível de degradação, respeitando-se as curvas de resiliência<sup>7</sup> e homeostase<sup>8</sup> dos ambientes naturais. Tal pensamento é equivocado, pois a natureza é finita, esgota-se, não é ilimitada. Desta forma, pode-se concluir que o conflito ambiental é “a degradação ambiental aliada a um conflito social” (REIS, 2003: 171).

---

<sup>7</sup> Resiliência de um ambiente é sua elasticidade ambiental, ou seja, a capacidade de retornar ao nível inicial após alguma espécie de perturbação por agentes externos. É a capacidade de regeneração ambiental após estímulos negativos e positivos.

<sup>8</sup> Homeostase de um ambiente é a interdependência e a complementaridade das formas de vida, o equilíbrio dinâmico das espécies de um ecossistema.



## 2.2. O conflito indivíduo/sociedade x natureza

Pode-se sub-dividir os vários tipos de ocupação humana de ambientes e ecossistemas, dependendo da freqüência com a qual existe a apropriação dos espaços:

- a) **Usuários Sazonais Esporádicos** que se constituem em população flutuante, não se integrando a comunidade local e se apropriando de ambientes em intervalos temporais de no máximo alguns dias, ou mais freqüentemente finais de semana, por exemplo turistas que visitam balneários.
- b) **Usuários Sazonais Freqüentes** que não se constituem em população flutuante pois possuem vida integrada a comunidade local em determinados níveis de atividade social e cultural e tentam manter uma ocupação territorial de posse em definitivo independente de possuírem título da terra ou não, e finalmente
- c) **Usuários Comunitários** que se constituem em membros da comunidade onde se encontram inseridos possuindo residência e domicílio no ambiente e ainda laços e raízes culturais, sociais e históricas, por exemplo membros de uma comunidade pesqueira.

Cada um destes três tipos de usuários/pessoas que freqüentam estes espaços e ecossistemas provoca uma espécie de degradação ambiental particularizada, dependendo do tipo da utilização que cada um deles faz destes ambientes e ecossistemas, o qual é nosso objeto de estudo.

O primeiro grupo de estudo, denominado *Usuários Sazonais Esporádicos* produz um tipo particularizado de degradação ambiental muito comum àqueles que, desrespeitando as diferenças culturais comunitárias, egoisticamente se apropriam e usufruem de espaços públicos com a finalidade única da busca de seus interesses privados, sem se preocupar com a maneira como interagem com estes ambientes e ecossistemas.

Muito embora se apropriem destes ambientes e ecossistemas com o objetivo único de atender seus interesses privados, ao se apropriarem destes espaços, esquecem as motivações e necessidades que os levaram a se apropriar destes ambientes e passam a produzir os mais insensatos tipos de agressão e degradação da natureza.

Sem um mínimo de consciência ambiental e conhecimento das leis naturais devido a inexistência de uma política ambiental que culminasse em um processo pedagógico de educação ambiental sério e coerente em nosso país, se apropriam destes ambientes e ecossistemas e passam a realizar todo o tipo de degradação ambiental como se não houvesse a mínima necessidade de respeito as leis naturais (retirada de cobertura vegetal do solo, abandono de dejetos orgânicos e resíduos

sólidos e líquidos como latas, papéis, restos de alimentos, etc.) pois afinal, a ocupação é esporádica e atende a uma necessidade imediatista de quem a realiza.

Freqüentemente ocorrem conflitos sociais entre este grupo e os ditos *Usuários Comunitários*, os quais não aceitam que “estranhos” se apropriem desta forma e desta maneira do ambiente onde vivem, passando a existir o acirramento dos ânimos e até posturas radicais e pré-conceituosas de que todo imigrante ou pessoa estranha quando adentra estes ambientes e espaços traz consigo a mais variada mescla de problemas e a finalidade única seria importunar a comunidade.

Muito embora seja bastante visível a degradação ambiental provocada por este grupo de usuários, os mesmos não provocam danos de grandes proporções, medianamente assimilados pela curva de Resiliência e Homeostase dos ambientes e ecossistemas e neste caso específico o impacto ambiental é muito mais visual do que efetivo.

O segundo grupo de estudo, denominado usuários sazonais freqüentes produz um outro tipo particularizado de degradação ambiental, agora mais efetivamente agressivo, pois, além de produzir em menor grau o mesmo tipo de degradação ambiental do grupo anteriormente citado, este grupo se apropria da terra em lotes ou glebas e passa a assumir a atitude de posseiro e/ou proprietário de terra, se instalando aqui a questão da posse da terra, a questão fundiária e especulativa.

Relevante ressaltar que a grande maioria dos componentes deste grupo de usuários não é constituída de moradores destes ambientes e ecossistemas e não possuem estes espaços como sua única e exclusiva residência. Muito mais um segundo espaço de ocupação do que necessariamente um local de moradia.

Os usuários deste grupo que se apropriam desta forma destes espaços e ecossistemas degradam em um nível muito maior do que o grupo anterior instalando barracos sem o necessário tratamento de despejo de dejetos, e quando o possui ou os despeja a céu aberto, ou utilizam o ineficaz sistema fossa-sumidouro com contaminação direta do lençol freático, e nem possuem a noção da existência dos tratamentos de dejetos por filtro anaeróbio, pois em um país com uma faixa imensa de pessoas abaixo da linha da pobreza que está e deve mais se preocupar com sua subsistência falar em “filtro anaeróbio” se constitui em uma piada de extremo mau gosto.

O terceiro grupo de estudos denominado de *Usuários Comunitários* (os usuários legais e mais legítimos de ambientes e ecossistemas) são constituídos por pessoas que se constituem em membros integrantes das comunidades e são os que menos produzem degradação ambiental.

A degradação ambiental realizada por estes usuários é a menos intensa e a menos agressiva de todos os três grupos de usuários até agora analisados, uma vez que a

relação conflituosa de indivíduo/sociedade x natureza acontece a partir de uma relação perene e não transitória com a terra, pois possuem laços ontológicos pois é ali que nasceram, vivem e pretendem morrer, ou seja, é o “lar” desta comunidade e em última análise sua referência territorial.

É plenamente demonstrada pela população a vontade de inclusão ambiental nos seus espaços e ecossistemas e, mesmo os mais desavisados conseguem se aperceber que a questão ambiental é premente e a degradação atinge a todos indistintamente. Muito embora as políticas públicas de preservação e conservação ambiental estejam mais direcionadas a um segmento específico da população, pois espaços ditos “nobres” possuem todo o tipo de atuação de políticas públicas que se direcionam às questões ambientais, o que de forma alguma ocorre em bairros periféricos e fora do cinturão urbano das grandes cidades.

As atitudes dos indivíduos e de seus grupos sociais demonstram claramente e configuram a vontade tácita e sobretudo expressa de comunidades na tentativa da preservação ambiental de ecossistemas onde habitam, ao contrário do discurso das instituições ligadas as questões ambientais envolvidas no litígio da posse da terra ou inclusive na lógica estrutural da exclusão humana no cerne de nossa legislação ambiental.

A simples exclusão de indivíduos e comunidades em nada resolverá a questão da degradação ambiental, mesmo porque a população denominada *Usuários Sazonais Esporádicos* continuará a frequentar estes ambientes e ecossistemas.

No mínimo, é preciso repensar a atitude excludente das pessoas a frente das instituições ligadas a questão ambiental, pois uma política de inclusão comunitária significa conseguir aliados na luta pela preservação ambiental. Por sua vez, uma política de exclusão comunitária cria um grave problema social e significa menos aliados nesta causa e nesta luta.

### 3.A TEORIA CIENTIFICA TRANSDISCIPLINAR COMO FERRAMENTA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Todo o conflito entre o Homem/Sociedade X Natureza tem sua origem na visão mecanicista cartesiana da Natureza, onde por princípio o Homem se considera no direito de usar e usufruir dos bens naturais da forma como melhor lhe convier. Desta forma, ao apropriar-se da Natureza como se fosse seu dominador e possessor totalitário, o ser humano provoca a degradação ambiental e estabelece um conflito com o natural que ele mesmo não compreende.

Se a degradação ambiental é fruto do embate das emoções entre o homem e a natureza, e o conflito social é resultante do confronto entre indivíduos/comunidade

x sociedade/Estado, o conflito ambiental como aqui é entendido e apreendido também tem origem no conflito das emoções. Por princípio, todo conflito ambiental é um conflito de emoções.

Enquanto o homem não transcender sua visão mecanicista reducionista da natureza não conseguirá emergir, ainda dentro do nível de realidade afetiva, do conflitual para o contraditório. A partir do momento em que o homem passar a reconhecer de que faz parte da Teia da Vida e que não é uma forma de existência superior, a parte dominadora e possessória, ingressará no nível de realidade afetivo contraditório com o reconhecimento da existência de outras formas de vida e suas pertinências.

Será capaz de perceber que sua condição não é estática, e sim, dinâmica, com uma série infinita de relações e que necessita apreender sua condição natural e aprender como lidar com seu ambiente. Entretanto, só existe a transcendência do nível de realidade conflitual para o nível de realidade contraditório com um olhar de AMOR, sentimento (emoção refletida) aqui entendido como o reconhecimento da legitimidade do outro, neste caso, a Natureza e toda a sua biodiversidade.

Somente o conceito de Desenvolvimento Sustentável em sua racionalidade não mecanicista cartesiana reducionista e sim biocêntrica incluyente difusa possui a capacidade de solucionar a dicotomia do Homem com o seu Ambiente, pois a apropriação dos recursos naturais de maneira mecanicista reducionista excluyente já se mostrou um modelo completamente ineficaz e fracassado. É, portanto, o terceiro elemento capaz de solucionar o conflito. Na ótica destes pesquisadores, o Desenvolvimento Sustentável seria o modelo mais eficaz para garantir a existência do Homem e suas próximas gerações.

No nível de realidade conceitual (segundo nível de realidade na verticalidade de acessamento cognitivo da metodologia transdisciplinar), onde efetivamente trabalha-se a construção de conceitos que permitem a transcendência do conflito emocional do nível de realidade afetivo, o par de contraditórios é representado pelos conceitos de Degradação Ambiental (racionalidade fechada mecanicista reducionista cartesiana excluyente de apropriação dos recursos da natureza) e de Preservação Ambiental (racionalidade aberta solidária incluyente, co-relacionado com os direitos difusos).

Desta maneira, na suposta tentativa de preservação de ecossistemas e ambientes, e baseados no cumprimento da Legislação que rege a questão ambiental no país (legislação extremamente excluyentes devido a filosofia de legado arbitrário de nossa sociedade e pela ignorância dos legisladores no referente aos conceitos biológicos e princípios da "teia da vida"<sup>9</sup> que regem nossos ambientes), os representantes do Ministério Público Estadual e Federal deflagraram intensa e muitas vezes injusta

---

<sup>9</sup> Alusão à obra de Fritjof Capra.

batalha contra comunidades e indivíduos de forma isolada dentro de uma corrente dinâmica do direito positivista ou legalista.

A partir daqui podemos definir um dos elementos do par de contraditórios deste nível de realidade conceitual, qual seja a preservação ambiental baseada no Direito Difuso da Coletividade.

No mesmo processo, encontramos do outro lado a comunidade, que devido a um processo de ausência de uma pedagogia alicerçada na educação ambiental, ao se apropriar de maneira mecanicista reducionista cartesiana da natureza provoca tanto a degradação ambiental, como abre a possibilidade da irreversibilidade de recomposição de ecossistemas.

A partir de então é plenamente possível identificar o outro elemento do par de contraditórios deste nível de realidade conceitual, qual seja, a degradação ambiental representada e aliada aos princípios do direito privado.

Difícilíssima a existência de profissional unidisciplinar com capacidade para emitir um laudo sobre a situação sem cometer os erros mais grosseiros possíveis, pois querer, de forma unidisciplinar, ou até multidisciplinar, emitir parecer sobre questões ambientais, não se converte em um simples ato alienado, ou de ignorância, e sim, da mais pura má-fé profissional possível de um especialista, seja ele quem o for, devido as inúmeras condicionantes complexas de vários universos disciplinares.

Cabe agora, indicar uma saída científica plausível, que resolva a questão e forneça alicerçamento técnico científico e ético nestas situações.

Muito embora no ordenamento jurídico nacional as tentativas de mediação sejam extremamente tímidas e acanhadas, e a arbitragem seja sequer mencionada nas questões ambientais, o terceiro elemento capaz de resolver o conflito entre o par de contraditórios indicado neste nível de realidade seria um **grupo de perícia transdisciplinar**, onde um grupo de vários especialistas e seus respectivos universos disciplinares se reunissem e ao se constituírem em um grupo –unidades e seu ambiente e um Sagrado Universal–, sob a coordenação solidária de um ou mais deles, fosse capaz de emitir um laudo pericial devidamente alicerçado nos mais elevados princípios éticos e morais, sob a luz do rigor científico, para que, aquele magistrado que fosse efetuar juízo de valor para a emissão de sentença cometesse um mínimo de erros possível baseado em tal laudo pericial transdisciplinar.

Fica extremamente difícil para não dizer impossível para qualquer juízo, por mais informado que o seja e dotado de um concreto arcabouço ético, estando desguarnecido de um número expressivo de peritos constituídos em um grupo transdisciplinar com um único Sagrado emergente, emitir uma sentença que

cumpra sua finalidade maior –solucionar litígios (se é que efetivamente decisões judiciais “solucionam litígios” ou meramente “satisfazem uma das partes”?)–.

Decida por quem decidir, uma vez que o universo unidisciplinar de qualquer juízo é limitado nas questões ambientais, sem o aparato técnico de um grupo de especialistas científicos, cometerá ou erros de excesso punitivo, ou erros de excesso pernicioso devido a arrogância de formação unidisciplinar.

Conseguimos imaginar a angústia de quem, mesmo assoberbado das mais sinceras intenções de não prejudicar a quem quer que o seja, tanto a comunidade/sociedade quanto a Natureza, depare-se com uma situação ambígua como esta: ter que decidir entre a preservação ambiental e a exclusão de pessoas, ainda mais tendo que se basear e dar eco a um mandato que contém leis que regem a questão ambiental de maneira reducionista excludente dos seres humanos.

Uma encruzilhada ética que joga quem quer que o seja na mais extrema solidão, pois segundo Platão “só existe algo pior do que sofrer uma injustiça e este algo é provocar uma injustiça” (PLATÃO, 2002: 156).

### **3.1. Nível de Realidade Estratégico**

Neste nível de realidade o par de contraditórios é representado de um lado pela exclusão legal ocasionada ou por uma sentença judicial legal, justa e legítima (se apoiada e alicerçada em um laudo pericial transdisciplinar) ou legal, injusta e ilegítima. Tal afirmação baseia-se no fato de que esta decisão será calcada em uma legislação excludente dos seres humanos e cheia do ranço histórico autoritário de nossa sociedade, a qual esteve sob o jugo de regimes governamentais totalitários por décadas e décadas, o que causou todo este maniqueísmo jurídico (–se é que algo efetivo mudou–).

De outro lado, tem-se ainda a total ausência da formulação de estratégias que propiciem a participação comunitária no processo decisório legal, onde a comunidade possa exercer todas as suas prerrogativas enquanto grupo humano e célula da sociedade.

A participação da sociedade enquanto grupo humano e reconhecida célula social no processo decisório judicial se contrapõe a exclusão legal uma vez que existe por parte de toda e qualquer comunidade um desejo natural e histórico mais que comprovado de tentativa de preservação dos ambientes onde existem e habitam, muito embora possa se apresentar equivocado e longe de ser considerado efetivo.

Mesmo que aceitemos a decisão de exclusão judicial como justa, porém ilegítima, após todo um processo judicial nos moldes aqui considerados ideais

sob a argumentação de que seres humanos e comunidades realmente provocam degradação ambiental e são vetores de poluição e extermínio de ambientes e ecossistemas, mesmo assim, existe ainda a possibilidade de, em um nível imediato mais acima na verticalidade de acessamento cognitivo da metodologia transdisciplinar, se encontrar uma solução para este conflito, qual seja, um processo de pedagogia (educação ambiental), o qual se torna o terceiro elemento solucionador do conflito deste par de contraditórios.

### **3.2. Nível de Realidade Conceptivo**

É a partir de agora que eficaz e efetivamente o processo de mediação começa a ocorrer, pois começarão a ser estabelecidas estratégias com a finalidade de se passar a ter uma visão aberta da inclusão de seres humanos e de comunidades. Em todo o projeto de se preservar ambientes e ecossistemas deve haver o abandono da visão cartesiana reducionista excludente.

Verifica-se por parte das instituições ligadas às questões ambientais a existência de uma estratégia de exclusão humana com a justificativa falaciosa do discurso de preservação e conservação ambiental, pois é mais fácil excluir do que incluir, ou como diria Tomas More “[...] como quase toda a gente, vos assemelhais aos maus professores, sempre mais prontos a bater nos alunos que a ensiná-los” (MORE, 2002: 27).

Por si só, o projeto ambiental institucional estatal se revela como um dos elementos do par de contraditórios deste nível de realidade conceptivo. O outro elemento consiste na realidade ontológica comunitária a qual nos revela uma população constituída por pessoas pobres e miseráveis (as abastadas e empresas poluidoras realizam e firmam Termos de Ajustamento de Condutas), analfabetas, desprovidas de todas as obrigações do estado como educação, saúde, moradia, cidadania, e carente de todas as fugas possíveis de tantas e tantas mazelas humanas.

Entretanto, é possível apontar um terceiro elemento pacificador do par de contraditórios, qual seja, o *Modelo PEDS –Planejamento Estratégico do Desenvolvimento Sustentável*– como elemento libertador e redentor do calvário de seres humanos e comunidades, baseado na obra de Daniel J. Silva (1998) com um enfoque dialógico (SILVA, 2002).

### **3.3. Nível de Realidade Cognitivo**

Dentro do nível de realidade cognitivo, após a transcendência da maioria das dificuldades nas relações com o ambiente por parte dos seres humanos e comunidades, após a efetivação de um Planejamento Estratégico do Desenvolvimento Sustentável (PEDS), claro se torna o poder comunitário depois que esta célula social

se organiza e passa a aprender com o próprio operar. Após a implantação do PEDS e a conseqüente relação harmônica dos seres humanos e comunidades com seu ecossistema, no mínimo, ficaria escancaradamente ilegítimo o desalojamento de qualquer ser humano ou comunidade que não ofereça nenhum dano ao ambiente ocupado sob a interpretação literal das normas do direito ambiental.

Nesta etapa, todo o processo se abre, se revela e se transcende na necessidade de não só as pessoas mas como também e principalmente o Estado ter de aprender e apreender a conviver com as diferenças. Talvez os próprios seres humanos e comunidades possam pedagogicamente ensinar este mesmo Estado a conviver com estas diferenças.

De fácil identificação os elementos que compõem o par de contraditórios deste nível de realidade, quais sejam o *poder político comunitário* após um processo revolucionário de atuação com relação ao ambiente, principalmente após a implantação de um processo pedagógico de educação ambiental, eixo mestre do PEDS, porém, evidente que as instituições ligadas às questões ambientais continuam a querer exercer seu poder calcados no poder institucional do Estado, segundo elemento do par de contraditórios.

Tais projetos seriam, por princípio, os mais eficazes, pois um projeto conjunto entre seres humanos e/ou comunidades e as instituições ligadas às questões ambientais de pronto alavancaria além de recursos pessoais e humanos, uma imensa quantidade de monitores ambientais que supririam até a falta de recursos de falta de pessoal destas mesmas instituições.

### **3.4. Nível de Realidade Efetivo**

Como último nível de realidade, chegamos ao topo do acesamento vertical cognitivo e desembocamos no nível efetivo de realidade, onde, por força da metodologia transdisciplinar, retornaremos ao nível afetivo e iniciaremos uma retroalimentação de todo o processo.

De qualquer forma, mesmo neste nível, onde o que nos interessa é a efetivação do processo e se na realidade foi eficaz e efetivo, podemos ainda identificar um par de contraditórios que só encontram sua transcendência no retorno ao plano afetivo, quais sejam, a realidade ontológica ambiental comunitária, a qual não se altera mesmo quando passando por um processo desta dimensão e desta natureza, pois as marcas de todo o processo histórico cultural excludente até então não podem e nem devem ser apagados da realidade histórica e cultural dos seres humanos.

Da mesma forma, não há nem a ilusão nem a ingenuidade de que a realidade ontológica institucional do estado também não se altera de uma hora para a outra,



pois mesmo que se consiga reverter o atual estágio do exercício do poder pelo poder pertinente a lógica estrutural de nosso ordenamento jurídico na forma de instrumentalização do uso do mandato por um número significativo de elementos a frente destas instituições ligadas às questões ambientais, assim que for possível, esta realidade ontológica institucional do estado tentará emergir para conceder privilégios a poucos... alguns poucos em detrimento de muitos.

E eis que retornamos ao local de onde nunca deveríamos ter nos ausentado, ao plano afetivo, pois nossa transcendência só se dará pelas emoções e pelos sentimentos mais fecundos e criadores.

Não há como solucionar tanto as questões ambientais quanto qualquer das outras questões humanas somente pela racionalidade, pelo intelecto, pelo reconhecimento do outro, seja este outro um membro da nossa espécie ou de qualquer outra forma de vida deste planeta ou quiçá de fora dele.

O único sentimento revelador da existência do outro é o AMOR –o terceiro elemento–, porque mesmo sem sermos oniscientes, compreendemos que *não amamos porque somos bons e sim somos bons porque somos amados*.

Constata-se, desta forma, a aplicabilidade do paradigma científico da teoria transdisciplinar à Ciência Jurídica, com enfoque no Direito Ambiental. Sua aplicação é uma alternativa possível para a resolução de conflitos humanos, por trazer em sua lógica de atuação o reconhecimento das demais formas de saber além da ciência, como a tradição, as artes e senso comum e, ainda por propor o diálogo entre estes saberes. A despeito da mera opinião de alguns operadores do Direito, revela que a lógica estrutural de nosso ordenamento jurídico é a da exclusão humana, e a dita ciência jurídica se encontra convertida em simples aparato de controle social de um extrato social em detrimento dos demais e, no caso específico do estudo, em uma reserva legal de espaço.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bryson, John M. (1988). *Strategic Planning for public and nonprofit organizations*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Capra, Fritjof. (1975). *A Teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix-Pensamento.
- Damáσιο, António R. (1996). *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Editora Companhia das Letras.
- Descartes, René. (1996). *O Discurso do Método*. São Paulo: Editora Martins Fontes.
- Japiassu, Hilton. (1976). *Interdisciplinaridade e Patologia do Saber*. Rio de Janeiro: Imago.
- Kuhn, Thomas S. (2000). *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva.
- Mintzberg, Henry. (1994). *The rise and fall of strategic planning*. New York: Free Press.

- More, Thomas. (2002). *A Utopia*. São Paulo: Martin Claret.
- Morin, Edgar. (1999). *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Nicolescu, Basarab. (1999). *O Manifesto da Transdisciplinaridade*. São Paulo: Triom.
- Platão. (2002). *A República*. São Paulo: Martin Claret.
- Reis, Alfredo dos. (2003). *Mediação Transdisciplinar de conflitos ambientais em unidades de conservação - estudo de caso na Praia de Naufragados/Parque Estadual da Serra do Tabuleiro/SC*. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental. Florianópolis/SC: UFSC.
- Silva, Daniel J. (1998). *Uma abordagem cognitiva ao planejamento estratégico do desenvolvimento sustentável*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Florianópolis: UFSC.
- \_\_\_\_\_. (2002). *O tao da Estratégia: uma perspectiva dialógica para o planejamento estratégico da sustentabilidade*. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental. UFSC, Florianópolis.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Valencia Hernández, Javier Gonzaga. (2013). "Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 123-146. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 30 de mayo de 2013  
Aprobado el 31 de julio de 2013

# LOS OBSTÁCULOS Y RETOS PARA LA EFICACIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

JAVIER GONZAGA VALENCIA HERNÁNDEZ\*  
UNIVERSIDAD DE CALDAS

## RESUMEN

El derecho de acceso a la justicia ambiental busca asegurar la justicia ambiental a través del reconocimiento de los derechos y los procedimientos jurídico-políticos de las personas ante los diferentes poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), para que mediante el ejercicio de estos, se haga el control y la mediación del ciudadano a las decisiones que se vayan a tomar con relación al medio ambiente. En el ejercicio y aplicación de derecho de acceso a la justicia ambiental se presentan barreras políticas, de igualdad, financieras, de manejo de pruebas y de consolidación de la jurisprudencia ambiental, que hacen que este derecho, frecuentemente carezca de una verdadera eficacia frente a los retos locales y globales de la problemática ambiental. La acción ciudadana, representada en los movimientos sociales populares, obreros, indígenas, campesinos, estudiantes, ambientalistas, entre otros, es la garantía del ejercicio del contrapoder a la crisis ambiental planetaria agravada por el capitalismo global.

**PALABRAS CLAVE:** Acceso a la justicia ambiental, conflictos ambientales, participación ciudadana en la gestión ambiental.

---

\* Profesor Asociado Universidad de Caldas, grupos de investigación: Estudios Jurídicos y Socio-Jurídicos, Observatorio de Conflictos Ambientales. Correo electrónico: javier.valencia@ucaldas.edu.co

## OBSTACLES AND CHALLENGES FOR ACCESS EFFECTIVENESS TO ENVIRONMENTAL JUSTICE

### ABSTRACT

The right to access environmental justice tries to secure environmental justice through the recognition of the people's rights and legal-political procedures in the face of the State powers (legislative, executive, judicial) so that, through their exercise, citizens can have control and mediation on the decisions to be taken in relation with environmental issues. In the exercise and application of the right to environmental justice, some political, equality, financial, evidence management and environmental jurisprudence consolidation barriers appear which make this right frequently lacking of a real effectiveness before local and global challenges of the environmental problem. Citizen action represented in the social popular movements, the working class, the indigenous population, the peasants, the students, and the environmental activists among others, is the guarantee of the anti-establishment movement exercise in the planetary environmental crisis made worst by the global capitalism.

**KEY WORDS:** access to environmental justice, environmental conflict, citizens' participation in environmental legislation.

## INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia ha sido entendido como una garantía esencial del Estado Social de Derecho y supone una orientación constitucional y democrática que exige del Estado el deber de asegurar las condiciones básicas de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. El Estado debe asegurar a todos los ciudadanos los mayores niveles de condiciones para que puedan acudir ante la administración de justicia, pues esta garantía es elemento indispensable para promover la vigencia de los fines del derecho y de la administración de justicia.

El acceso a la justicia es hoy un derecho en sí mismo que sirve de garantía para la protección de los demás derechos, en desarrollo del principio según el cual, un derecho sin garantía no es derecho; por ello, la justicia como servicio público fundamental, al que todos deben acceder sin discriminación alguna, implica que el Estado genere y desarrolle instituciones, normas y mecanismos para su administración. Desde el punto de vista político y de la noción de gobernabilidad, la legitimidad de las instituciones depende en gran parte del grado en que se percibe el acceso a la justicia, pues una vez establecidas las normas jurídicas, la percepción que se tenga del acceso efectivo a la justicia, adquiere real importancia social y política.

Desde la perspectiva del ciudadano o del usuario, el acceso a la justicia, como derecho de acción, es la facultad que tiene toda persona de poder acudir ante los órganos jurisdiccionales, para ser protegidos cuando se han violado sus derechos o para garantizar la plena vigencia o eficacia de los mismos.

El derecho de acceso a la justicia ambiental como especificidad del derecho de acceso a la justicia es una estrategia jurídica para la defensa y protección del ambiente, está dirigido a cualquier persona o grupo de personas que estén interesadas en la defensa del medio ambiente a través de los mecanismos de tipo jurídico, no sólo judiciales; además de los mecanismos judiciales encontramos otros mecanismos preventivos o de sustitución, que también entrarían dentro de la clasificación de mecanismos de acceso a la justicia ambiental en una interpretación amplia de este derecho.

Se parte del reconocimiento de la importancia de la participación de la ciudadanía en lo que tenga que ver con las decisiones que se vayan a tomar y que puedan afectar el medio ambiente. Con el derecho de acceso a la justicia ambiental se dota a los ciudadanos de las herramientas jurídicas para acudir ante los estamentos políticos, administrativos y judiciales para hacer efectivo este derecho, que está

coligado con el derecho de participación pública, consagrado en instrumentos internacionales como en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992.<sup>1</sup>

Los diversos estudios sobre el acceso a la justicia que se han realizado a partir de los años 60 y en particular por el “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia” a cargo de Mauro Cappelletti y Brian Garth<sup>2</sup>, han concentrado buena parte de sus esfuerzos en identificar y analizar los obstáculos que impiden a las personas acceder a la jurisdicción cuando tienen la legitimación formal para hacerlo, que en mayor medida afectan a la población para hacer valer sus derechos sustanciales ante la autoridad jurisdiccional (CASAL et al., 2005: 50).

El acceso a la justicia ambiental, presenta obstáculos adicionales por la complejidad científico-técnica de los conflictos y de la importancia económica de los casos ambientales; en los últimos cinco años se han realizado los primeros esfuerzos sistemáticos de investigación empírica sobre los problemas para el acceso a la justicia ambiental, en particular en Europa a partir de la entrada en vigor del Convenio de Aarhus.

Desde muy temprano los autores habían reconocido la dificultad que tenían los procesos en donde se hace la defensa ambiental y las barreras que encontraban los particulares para llevar adelante sus demandas; compartimos la actualidad de las afirmaciones de Martín Mateo (1992: 198):

Además, en este tipo de procesos los particulares como demandantes se encuentran en una situación especialmente desfavorecida en cuanto que resulta técnicamente muy difícil y económicamente muy costoso el poder llevar adelante una demanda sobre la base de la defensa ambiental.

Se hace necesario reflexionar sobre la eficacia del acceso a la justicia ambiental al revisar cuáles son los obstáculos, o los posibles obstáculos, que los ciudadanos y las organizaciones sociales pueden encontrar al momento del ejercicio del derecho

---

<sup>1</sup> “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Principio 10*, 1992).

<sup>2</sup> Se trata de un trabajo sobre el acceso a la justicia que es el producto de cuatro años de investigación dentro del “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”, dirigido por Mauro Cappelletti en la década de los años 70. Este trabajo fue publicado en cuatro volúmenes por las editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffrè (Milán), que llevan respectivamente los siguientes títulos: *Access to Justice: a World Survey* (Cappelletti y Garth, compiladores), *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (Cappelletti y Weisner, compiladores), *Access to Justice: Emerging Perspectives and Issues* (Cappelletti y Garth, compiladores), y *Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (Klaus-Friederich Koch, compilador).

de acceso a la justicia ambiental y de la puesta en práctica de los instrumentos procesales que ofrece este derecho como garantía de efectividad de los demás derechos ambientales. Además de la necesidad de su reconocimiento formal como derecho subjetivo público, es importante comprender algunos aspectos importantes de su ejercicio, para reconocer su verdadera proyección como instrumento eficaz para la defensa y protección de los derechos ambientales y del medio ambiente en los ámbitos locales, nacionales e internacionales. Reconocer las limitaciones y obstáculos en el acceso a la justicia ambiental es avanzar en propuestas para su solución.

Algunos obstáculos han sido reconocidos por investigadores y académicos del derecho en el campo general del acceso a la justicia, como el citado estudio de Cappelletti y Garth, que desde los 70 vislumbraban como un campo complejo y de nuevos retos que se presentaban para el acceso a la justicia, la defensa judicial de los intereses difusos como el medio ambiente (CAPPELLETTI, 1984: 24). Sin embargo a pesar de no ser grandes estudios académicos, sino de análisis de situaciones en campo, son las organizaciones de la sociedad civil, como las ONG y otros grupos sociales, las que han evidenciado los obstáculos del acceso a la justicia ambiental a partir de su propia experiencia y diagnósticos realizados dentro de las ONG asociadas a redes, donde se puede encontrar algún tipo de informe sobre los problemas actuales del acceso a la justicia ambiental.

Un ejemplo de lo anterior es el “Informe sobre la situación de los derechos humanos en México elaborado por las organizaciones de la sociedad civil para el examen periódico universal” de los Derechos Sociales, Económicos y Ambientales presentado por las ONG Mexicanas a la ONU en 2008, donde se manifiesta expresamente que:

En materia de acceso a la justicia ambiental destaca la frecuente ineficacia de recursos legales como: el recurso de revisión, el juicio de nulidad, la denuncia popular y la denuncia penal, debido a serias limitaciones relacionadas con el conflicto de intereses, el desconocimiento de la materia ambiental, la lentitud en las acciones, y la falta de coercitividad de las mismas; además, el juicio de amparo ha sido inaplicable para la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano, en gran parte por la tradición civilista de corte individualista que obliga a los quejosos a demostrar un daño personal y directo, en contraposición al tipo de afectación general que se produce al lesionar derechos sociales como el derecho al medio ambiente, en el que un solo acto u omisión de la autoridad o de un particular puede dañar bienes aprovechados por actores incluso indeterminados. (2008: 2)

El anterior informe demuestra que para las comunidades y organizaciones sociales interesadas en tener acceso a la justicia ambiental, los obstáculos son de diferentes tipos, unos previos, es decir, que impiden siquiera a los ciudadanos y

organizaciones sociales acceder a las instancias judiciales correspondientes; otros que están relacionados con la misma tradición procesalista individualista de los sistemas jurídicos occidentales; otros obstáculos que tienen que ver con la calidad de los actores mismos del proceso, es decir con los ciudadanos, las organizaciones sociales, los tribunales y demás participantes en las instancias judiciales, y otros intrínsecos que tienen que ver con el desarrollo y puesta en marcha de los procedimientos como tal. De la mayor o menor intensidad de las barreras y del número de obstáculos que se presente en la resolución de un conflicto ambiental por las vías del acceso a la justicia ambiental, depende si se pueden convertir en unas barreras muy fuertes casi infranqueables, no solo para acceder a las instancias y los procedimientos del acceso a la justicia ambiental, sino también para obtener los resultados de protección de los derechos ambientales.

Agruparemos a continuación algunos de los obstáculos que consideramos más importantes y que tienen más impacto en el acceso a la justicia ambiental, que muchas veces se convierten en barreras infranqueables para los particulares y las organizaciones sociales, sin desconocer la existencia de otros obstáculos que en los casos particulares se puedan presentar; de hecho, cada causa ambiental tiene sus propios obstáculos en número e intensidad mayor o menor, dependiendo de la calidad de los actores, el territorio, la legislación vigente en el país en donde se tramiten, las estrategias legales que se planteen, el nivel de organización de la sociedad civil, los niveles de corrupción locales o nacionales y otras variables independientes propias de cada conflicto ambiental.

## POLÍTICOS

Este obstáculo se presenta en las posibilidades de maniobra política que tienen los ciudadanos en los espacios e instancias del acceso a la justicia ambiental; generalmente los conflictos se dan entre una comunidad afectada y agentes económicos y/o del Estado que poseen una gran capacidad de maniobra política que muchas veces deja en desventaja a los ciudadanos o grupos de ciudadanos al momento de presentarse la solución de un conflicto ambiental<sup>3</sup>.

A pesar de que de conformidad con las normas de la ONU, las empresas nacionales y transnacionales tienen la obligación de cumplir las leyes, normas, políticas y

---

<sup>3</sup> En el "Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie", se afirma que: "Hay indicios que sugieren que las compañías que operan en un solo país y las empresas de propiedad del Estado suelen cometer abusos peores que sus homólogas transnacionales más visibles del sector privado. Está claro que se trata de un desajuste institucional más de fondo: por un lado, entre el alcance e impacto de las fuerzas y agentes económicos y, por otro, la capacidad de las sociedades para hacer frente a sus consecuencias negativas. Este desajuste crea el entorno permisivo en el que pueden producirse actos censurables de empresas sin la debida sanción o reparación. En aras de las víctimas de los abusos y para sostener la globalización como fuerza positiva, se debe corregir esta situación" (NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, 2007: 3).



reglamentos internacionales y nacionales para preservar el medio ambiente y que ello comporta cumplir con el principio de precaución y realizar la actividad comercial de manera que contribuya al objetivo más amplio del desarrollo sostenible, existen múltiples ejemplos de financiación de grandes transnacionales financieras a proyectos altamente contaminantes o inconvenientes con el medio ambiente, lo que hace un conflicto ambiental muy complejo al momento de resolverlo por la vía administrativa o judicial, por cuanto no sólo el contradictor es la empresa dueña del proyecto, sino también los otros interesados en los resultados y consecuencias de la resolución como los financiadores, los políticos locales y otros desarrollistas aumentan la masa de poder con los que se enfrentan los ciudadanos y organizaciones sociales (HERNÁNDEZ, 2009: 611). Son numerosos los ejemplos<sup>4</sup> de la influencia política y el poder corruptor que tienen las empresas nacionales y transnacionales en los ámbitos políticos y jurisdiccionales al momento de tomar una decisión de tipo ambiental (BALANYÁ, 2007: 22). Las posibles consecuencias económicas y políticas que puedan tener las sentencias son un factor que pesa enormemente al momento de decidir un conflicto ambiental en los tribunales. No es fácil proferir una sentencia sobre un conflicto ambiental en donde está involucrado un proyecto en el que se han invertido decenas de millones de dólares en estudios de impacto ambiental y de prefactibilidad económica, que no se puede llevar a cabo debido a la oposición de la comunidad por considerar que este proyecto va a afectar sus vidas y el medio ambiente.

En estas circunstancias, las personas o las organizaciones sociales que se atreven a utilizar los instrumentos del acceso a la justicia ambiental para proteger y defender sus derechos, se instalan en un escenario con desventajas antes y durante el litigio, por tratarse de litigantes ocasionales que no cuentan con la experiencia del litigio, en estos casos complejos, es decir se encuentran en una gran desventaja frente a las empresas o al Estado, que son litigantes frecuentes, que cuentan con solvencia económica suficiente para contratar estudios y bufetes de abogados que defiendan sus intereses.

Un contrapeso frente a estas fuertes barreras políticas, que consideramos importante para la eficacia del derecho de acceso a la justicia ambiental es la intervención de las ONG con reconocimiento internacional en su calidad de coadyuvantes o financiadoras de las organizaciones locales actoras, lo que hace que ese desequilibrio se vea compensado un poco, especialmente por la capacidad acumulada y de maniobra frente a los gobiernos y la opinión pública nacional e

---

<sup>4</sup> Los informes del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre la complicidad de las Empresas Transnacionales y los gobiernos en el deterioro ambiental, presentan múltiples ejemplos de la complejidad de los asuntos jurídicos, políticos y económicos de la problemática ambiental. En el informe de mayo de 2010 titulado: "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos", se afirma que: "La empresa francoinglesa Perenco y la española Repsol YPF están implicadas en la puesta en peligro de la supervivencia de grupos indígenas aislados en Perú. En esta agresión a grupos indígenas, ambas multinacionales han podido contar con la complicidad de las políticas del Gobierno peruano y de la propia Unión Europea" (TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS, 2010).

internacional, así como su experiencia acumulada en otros litigios a nivel global que tienen estas ONG transnacionales<sup>5</sup>.

## IGUALDAD

El acceso a la justicia ambiental en términos de igualdad, no formal, sino real, es un tema transversal que involucra elementos económicos, sociales y culturales que inciden necesariamente en el comportamiento de los actores involucrados en un proceso.

La desigualdad en el acceso a la justicia ambiental, como consecuencia de la diferente intensidad con que las barreras afectan a unos y a otros ciudadanos, es un asunto crucial en el tema del acceso. Cuando se trata de dirimir conflictos o de reclamar derechos, utilizando cualquier instancia que pueda cumplir esas funciones, siempre se estará en presencia de dos partes entre las cuales es posible que haya grandes diferencias en cuanto a los recursos de todo tipo que poseen.

Esas diferencias entre litigantes inciden de manera determinante sobre las posibilidades que tendrán las partes para lograr hacer efectivos sus derechos a través de esa vía, es decir, de acceder a la justicia. La igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, al ignorar las desigualdades mayores o menores que existen entre los individuos en todas las sociedades, contribuye a profundizarlas.

Los problemas de igualdad en las causas ambientales se reflejan en un primer momento en la calidad de las partes, de un lado generalmente, los particulares o las organizaciones sociales y de otro las empresas y/o el Estado a través de sus diferentes entes (la Administración del Estado puede aparecer en el contencioso ambiental como demandante o como demandada, en este caso nos referiremos cuando actúa como demandada). Corrientemente los ciudadanos y sus organizaciones son demandantes ocasionales (GALANTER, 2001: 73), que se enfrentan con un caso complejo que no ha sido resuelto en otras instancias administrativas, esa calidad que ostentan hace que estos actores no tengan la suficiente experiencia en la preparación del caso, en la recolección de pruebas, que no posean la suficiente solvencia económica para costear abogados altamente calificados y con experiencia en estos casos, ni para costear pruebas de tipo técnico, muy comunes en los litigios ambientales.

---

<sup>5</sup> Un ejemplo de la coordinación de esfuerzos de las ONG ambientalistas es el *amicus curiae* presentado en el caso de la mina Red Chris en British Columbia, Canadá. Factum of The Interveners: Canadian Environmental Law Association, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club of Canada, Quebec Environmental Law Centre, Friends of The Earth and Interamerican Association For Environmental Defense (THE SUPREME COURT OF CANADA, *Court File No.* 32797, s.f.).

Por otro lado las empresas y el Estado a través de sus diferentes dependencias, al ser demandantes frecuentes se encuentran en condiciones totalmente ventajosas al tener una masa crítica de experiencia acumulada por ser litigantes frecuentes, lo que se refleja en una mejor capacidad económica y litigiosa para enfrentar el juicio, contar con mejores asesores y representantes.

La igualdad formal ante la ley y ante el juicio sufre un quiebre aún mayor en presencia de los casos de conflictos ambientales, que por su complejidad procesal, por su importancia económica y muchas veces política, hacen que sea el juez la figura central que se encargue de equilibrar un poco ese desproporcionado desequilibrio, por ejemplo cuando se presenta una organización comunitaria local, frente a una transnacional petrolera o minera<sup>6</sup>.

Para Martín Mateo (1992: 179):

De todas formas la contienda sigue siendo desigual, pues ya se trate de la Administración o de empresas, los demandados tienen a su alcance medios técnicos y económicos singularmente poderosos, y si es la administración la encausada puede fácilmente refugiarse en criterios de discrecionalidad en cuanto a la apreciación del interés público en lo que sólo dentro de ciertos límites pueden entrar los Tribunales, finalmente la postura de aquélla es particularmente sólida a la hora de la ejecución del fallo, ya que la sentencia normalmente versará sobre determinadas opciones y no podrá abarcar, ni por la propia preparación de los jueces ni por las características de los procesos todas las complejidades técnicas sobre las que tendrá la Administración la última palabra.

Existen otros contrapesos que tratan de equilibrar este marcado desequilibrio entre las partes en una causa ambiental. Estos contrapesos los ha ido construyendo la misma sociedad civil a partir de la experiencia y de la constitución de redes y organizaciones de tercer nivel, que a partir de ideas y prácticas tan sencillas como la solidaridad, prestan asesoría y acompañamiento a las organizaciones comunitarias y otras organizaciones sociales locales cuando se tratan de resolver los conflictos ambientales por la vía jurisdiccional. Se destaca la labor de organizaciones como Earthjustice y el Earthjustice Legal Defense Fund (llamado antes Sierra Club Legal

---

<sup>6</sup> Casos notables en América Latina son las causa de los indígenas U'wa de Colombia contra la petrolera OXI, filial de la Occidental Petroleum Company; el caso de los indígenas de Ecuador contra la petrolera Chevron-Texaco, así como los casos de las comunidades locales contra las empresas energéticas, Endesa, Unión Fenosa Aguas de Barcelona, GDF-Suez, Impregilo S.P.A.; los casos contra las mineras Holcim, Thyssen Krupp, Vale do Rio Doce o las petroleras Repsol YPF y Shell. Un diagnóstico más amplio se puede consultar en el informe de mayo de 2010 del Tribunal Permanente de los Pueblos titulado: "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos" (TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS, 2010).

Defense Fund), Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW)<sup>7</sup>, Environmental Defense Fund, Acción Ecológica, Amigos de la Tierra, Asociación para la Defensa del Ambiente (AIDA)<sup>8</sup>, entre otros, que apoyan con recursos económicos, asesorías, comparten información científica y legal, presentan escritos de *amicus curiae*<sup>9</sup> ante los tribunales, apoyan trabajos educativos, todo ello en busca de la aplicación, respeto y protección de los derechos ambientales y defensa del medio a partir de los instrumentos del acceso a la justicia ambiental.

## ECONÓMICOS

El obstáculo económico es sin duda uno de los más importantes y decisivos en el acceso a la justicia ambiental<sup>10</sup>, se puede presentar antes, durante y después del ejercicio de este derecho.

Dentro de esta barrera se incluyen en primer lugar los costos del litigio, ya que la resolución formal de controversias es costosa, entre estos costos se destacan los honorarios de los abogados para las ONG, los costos de procedimiento, las fianzas para los interdictos o medidas cautelares, los gastos de los abogados de la contraparte si una ONG pierde y los costos de algunos mecanismos probatorios.

Hay que destacar el costo de los servicios jurídicos como la más importante barrera al momento de acudir a los jueces. Los servicios de los abogados privados de calidad, son costosos. Sin embargo, también existen abogados cuyos honorarios son modestos, aunque este hecho suele implicar una disminución en la calidad

---

<sup>7</sup> ELAW responde a solicitudes, principalmente en las siguientes áreas: "Apoyo estratégico durante el desarrollo de casos y fortalecimiento de leyes ambientales. Provisión de equipo científico y entrenamiento para monitoreo de condiciones ambientales. Evaluación científica de información ambiental para la identificación de toxinas y sus fuentes. Leyes y Regulaciones modelo, como leyes de protección de calidad del agua. Registro ambiental y de Derechos humanos de corporaciones multinacionales. Testimonios de expertos, apoyando a casos en contra de contaminadores. Críticas a las evaluaciones de impacto ambiental y propuestas de proyectos de desarrollo. Apoyo en el desafío a instituciones financieras internacionales. Colaboración en la redacción de demandas y otros documentos legales. Información acerca de tecnologías sostenibles y limpias" (ELAW, 2010).

<sup>8</sup> "AIDA emplea una amplia gama de herramientas legales. Combinamos el trabajo legal con educación e iniciativas de construcción de alianzas para empoderar a los ciudadanos y armar a los tomadores de decisiones con los conocimientos necesarios para tomar decisiones responsables. Distribuimos informes sobre temas clave, utilizamos las instituciones y los tribunales internacionales para exponer políticas débiles, y ayudamos a organizaciones no gubernamentales a trabajar por la aplicación de la normativa ambiental cuando los gobiernos no pueden o no van a hacerlo" (AIDA, 2010).

<sup>9</sup> La institución del *amicus curiae*, proviene tanto del derecho romano como del derecho inglés, pero aunque es conocido que se trata de una práctica mucho más extendida en el derecho estadounidense la encontramos en varios países. Sin que sea obligatorio ni vinculante dentro del proceso, se han dado muchos casos en los que un escrito de un *amicus curiae* destaca ante la Corte una cuestión relevante que las partes aún no le han señalado, por lo que puede brindarle una ayuda considerable.

<sup>10</sup> Este aspecto es destacado en diferentes informes nacionales e internacionales de origen oficial institucional o de origen no gubernamental, se pueden mencionar entre otros: "European Eco Forum Report On Aarhus Implementation" (PARTICIPATE, 2008); "Access to justice in Spain under the Aarhus Convention" (AJÁ, 2007); *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals* (THE ACCESS INITIATIVE, 2010).

del servicio, que pone en desventaja a la parte que esté representada o asesorada por un abogado de menor calidad, frente a su contraparte que cuente con una buena asesoría jurídica. Para los grupos sociales de menores recursos que suelen ser litigantes ocasionales, los servicios de abogados privados serán inaccesibles, o solo pueden pagar los de abogados situados en los niveles más bajos de la escala de estratificación de la profesión jurídica.

Los costos del litigio, en especial los honorarios de los abogados, posiblemente lleguen a ser tan altos que constituyan un elemento disuasivo para el reclamo de derechos, aun para quienes pueden pagar. Para enfrentar un proceso de resolución de un conflicto ambiental por la vía negociada o judicial, se requieren los servicios profesionales de abogados que tengan un perfil alto, tanto en especialización como en experiencia, por tratarse de conflictos altamente complejos<sup>11</sup>.

Para Casal et al. (2005: 63):

En la mayoría de las sociedades, incluyendo las de los países en desarrollo, la contratación de un abogado de calidad ha sido y sigue siendo una barrera significativa para el acceso a la justicia, cuando se trata de casos complejos que requieren de una asesoría especializada. Por otro lado, en lo que se refiere a los abogados, vale la pena destacar que los servicios que ellos prestan como representantes de las partes en los litigios no son ni remotamente los servicios más importantes que ellos pueden prestar. Los consejos y la orientación jurídica que están en capacidad de ofrecer tienen probablemente una mayor importancia social en cuanto son un medio de prevención de conflictos y constituyen además una intermediación entre los ciudadanos y los poderes públicos, así como entre aquellos y todas las formas de regulación estatal. A este tipo de servicios jurídicos tienen aun menor acceso quienes cuentan con pocos recursos.

Los altos costos de litigación asociados a la presentación de recursos de reclamación ambiental, restringen el acceso a la justicia a una parte importante de la población, cuando actúan de manera personal, como comunidad de vecinos o como ONG. Los abogados u organizaciones de abogados con experiencia interesados en la defensa del interés público y en especial de la defensa del interés ambiental son pocos, lo que hace más gravosa la situación para las personas y organizaciones que tengan la intención de defender los derechos e intereses ambientales.

En algunos países los gobiernos a través de sus legislaciones contemplan ayudas a las organizaciones sociales como el costo de los servicios profesionales de abogados para el litigio ambiental (BONINE, 2007: 425). Estos apoyos van desde un

---

<sup>11</sup> En cuanto al establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia, la Ley 27/2006 ha reconocido el derecho de asistencia gratuita para las ONG que cumplan los requisitos de público interesado.

apoyo amplio como en Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Brasil o España, hasta un apoyo restringido como en Colombia<sup>12</sup>, mínimo o inexistente como en Chile, México y en otros países de América Latina. Todo lo anterior a pesar de la existencia del compromiso de los gobiernos, a partir de lo contemplado en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, en avanzar en la eliminación de obstáculos para el acceso a la justicia en los ámbitos administrativos y judiciales; solo los países firmantes del Convenio de Aarhus (1998) se han comprometido a “contemplar el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia” (Artículo 9-5).

La figura jurídica más utilizada en los países latinoamericanos es el amparo de pobreza, figura establecida para la defensa de los derechos individuales, que se encuentra dentro del paradigma de la litigación individual de dos partes, en donde cada parte defiende su derecho. Por el tipo de derechos e intereses difusos y supraindividuales que están en juego en los litigios ambientales se rebasa el marco estrecho de la institución del amparo de pobreza, lo que se impone es proponer nuevas figuras de amparo para los litigantes a favor del ambiente, bien sea que lo hagan de manera individual o de forma colectiva.

Además de las provisiones institucionales para amparar a las organizaciones sociales en los litigios ambientales, existen otro tipo de apoyos que vienen desde la misma sociedad civil en forma de organizaciones filantrópicas u organizaciones comunitarias que a partir de redes de apoyo y solidaridad crean organizaciones más fuertes para apoyar casos ambientales emblemáticos en diferentes países. Un apoyo importante en los litigios ambientales es el dado por las organizaciones como Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW)<sup>13</sup>, Acción Ecológica, Amigos de la Tierra, Asociación para la Defensa del Ambiente (AIDA), red de Acceso a la Justicia Ambiental (AJÁ), Red de Organizaciones No Gubernamentales de Derecho

<sup>12</sup> La Ley 472 de 1998 sobre acciones populares establece: “Artículo 19. *Amparo de pobreza*. El juez podrá conceder el amparo de pobreza cuando fuere pertinente, de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, o cuando el Defensor del Pueblo o sus delegados lo soliciten expresamente.

Parágrafo. El costo de los peritajes, en los casos de amparo de pobreza, correrá a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, a partir de su creación. Estos costos se reembolsarán al Fondo por el demandado, en el momento de satisfacer la liquidación de costas, siempre y cuando fuere condenado”.

<sup>13</sup> Bonine, quien es fundador de ELAW, cuenta la experiencia de esta alianza de abogados interesados en el litigio ambiental con las ONG: “Esta red de litigantes de interés público está conformado por colegas que tienen el compromiso personal de ayudarse mutuamente más allá de las fronteras. Trabajando silenciosamente y sin exposición pública, se comparten experiencias en asuntos legales y técnicos a través de Internet. A pesar de que en sus inicios ELAW fue fundada por abogados de solamente nueve países (incluyendo Chile), ahora abogados litigantes en 60 países pueden consultar a 300 abogados y algunos científicos en todos los continentes. Además del intercambio que se da entre los abogados que están trabajando en los casos y que comparten información y estrategias, la Secretaría de la red, ELAW EE.UU., proporciona asistencia legal, científica y técnica a nivel internacional. Esta asistencia especializada –desde copias de sentencias que sientan jurisprudencia en casos relevantes, hasta investigación del comportamiento de las corporaciones en los procesos de evaluación de impacto ambiental e instrumentos de monitoreo de contaminación– que sería prohibitiva para los abogados dedicados al interés público por cuenta propia. Algunos abogados de interés público en el mundo atribuyen parte de su éxito en sus litigios para el cumplimiento de la legislación ambiental a la ayuda recibida a través de la red ELAW” (BONINE, 2007: 430).

Ambiental (RODA), entre otras, que apoyan con recursos económicos, asesorías, comparten información científica y legal, presentan escritos de apoyo ante los tribunales, en busca de la eficacia, aplicación, respeto y protección de los derechos ambientales y defensa del medio ambiente a partir del ejercicio de los instrumentos del acceso a la justicia ambiental.

Otro costo económico importante en los litigios ambientales está relacionado con algunos elementos probatorios como los exámenes científicos y técnicos que implican grandes costos en equipo y en personal calificado. Es importante destacar que en la mayoría de las legislaciones se impone la carga de la prueba a los demandantes, es decir, a quien presente la acción para la defensa del medio ambiente, lo que la convierte en una barrera importante para el acceso a la justicia ambiental, por cuanto las pruebas técnicas en materia ambiental son costosas (ejemplo, todos los casos de contaminación), que requieren de la intervención no solo de expertos en el tema, sino además de pruebas en laboratorios, o pruebas de campo como las pruebas geológicas, biológicas, hidrogeológicas, entre otras, que encarecen enormemente cualquier acción que se pretenda iniciar ante los tribunales.

La legislación colombiana ha tratado de compensar y de equilibrar esta desigualdad, ofreciendo facilidades para la obtención de las pruebas técnicas, con la conformación del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos<sup>14</sup>, con el fin de financiar las pruebas que por su alto costo económico y por su interés deban ingresarse al proceso, y en otros casos le imponen a las universidades públicas y otras entidades públicas<sup>15</sup> la obligación de colaborar con estas pruebas a cargo de la misma entidad.<sup>16</sup> La razón de esta norma se justifica en razón a la importancia que tienen los derechos e intereses colectivos que están siendo amenazados o vulnerados, cuya protección se pide mediante la acción popular.

La creación de los fondos para la generación de pruebas es un tema crucial en la agenda para el futuro desarrollo y efectividad del acceso a la justicia ambiental, por cuanto en los sistemas procesales continentales la carga de la prueba está a cargo del

---

<sup>14</sup> Ley 472 de 1998. Arts. 19, 70 a 73.

<sup>15</sup> Ley 472 de 1998. "Artículo 74. *Registro Público de Peritos para las acciones populares y de grupo*. 1. Será obligatoria la inscripción en el registro, de las autoridades públicas y de los particulares a quienes se les haya atribuido o adjudicado función pública, que disponga de soporte técnico, logístico, investigativo, personal o de apoyo que sirva para la práctica de pruebas en Acciones Populares, de las entidades que tengan el carácter de consultoras del Gobierno y de las Universidades Públicas. Los servidores públicos que fuesen nombrados peritos deberán dedicarse de manera prioritaria a su función de colaboración con la administración de justicia".

<sup>16</sup> Ley 472 de 1998. "Artículo 30. *Carga de la prueba*. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos".



demandante (MARTÍNEZ, 2000: 71), es decir son los actores sociales los que tienen que demostrar la existencia de los hechos, el daño, sus causas y consecuencias. Esta cuestión se convierte en un grave obstáculo para el acceso a la justicia en los litigios ambientales; la falta de pruebas idóneas en las causas ambientales es una de las causales por las cuales los litigantes ambientales no obtienen los resultados buscados, quedando desprotegidos no solo los derechos ambientales, sino el medio ambiente. Igualmente es urgente no solo el fondo para la generación de pruebas sino el fondo para la reparación de daños; frecuentemente se obtienen sentencias que no logran la reparación efectiva de los daños ambientales.

Otra propuesta para remediar este obstáculo económico en la aportación de las pruebas por parte de los demandantes, es la inversión de la carga de la prueba en las causas ambientales, es decir, que sean los demandados los que tengan que demostrar que los daños al medio ambiente, sus causas y consecuencias no fueron causados por estos; esta presunción inicial de responsabilidad en ciertos sujetos, otorgaría la responsabilidad de carácter objetivo. Esto mirado razonablemente desde dos ópticas, la primera al tratar de buscar un equilibrio entre las partes especialmente en lo económico, y en segundo lugar porque los intereses en juego que han sido vulnerados o pueden ser vulnerados son intereses colectivos, de una comunidad, inclusive de personas que aún no existen, de las generaciones futuras. El instituto jurídico de la responsabilidad objetiva en materia ambiental sería aplicable en las causas en donde las personas particulares y las organizaciones sociales imputen la responsabilidad por los daños al medio ambiente a las empresas, a la Administración del Estado, tanto por acción como por omisión.

Otro obstáculo económico importante para el acceso a la justicia ambiental, es la imposición de fianzas para los interdictos o medidas cautelares y otras costas procesales que deben prestar las personas o las ONG interesadas en defender el interés del medio ambiente que al final es el interés público. No es aceptable que a una persona natural o a una organización de la sociedad civil que acuda a los tribunales en la defensa ambiental, se les impongan fianzas cuando soliciten medidas cautelares, sin tener en cuenta que el derecho a un ambiente sano pertenece a todos y cada uno y al mismo tiempo a ninguno; este derecho pertenece a la comunidad, no a sus miembros, por lo cual es un derecho transindividual. La imposición de fianzas en los interdictos o medidas cautelares obedece a una visión economicista e individualista de los derechos, y no tiene en cuenta los principios de precaución y prevención que son cruciales frente a la amenaza de los derechos e intereses colectivos. Se olvidan los legisladores y los tribunales que adelantar una acción para la defensa del medio ambiente, en primer lugar es de interés público y en segundo lugar sus resultados van a favorecer al resto de la comunidad, inclusive a destinatarios desconocidos, por tratarse de derechos e intereses colectivos.

A diferencia de otras legislaciones, en Colombia no existe la imposición de fianzas cuando una persona natural o jurídica sin ánimo de lucro presente una



acción de tipo administrativa, penal o civil en defensa del medio ambiente, ni tampoco cuando solicita una medida cautelar para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, de hecho también faculta al juez para que oficiosamente decrete la medida cautelar cuando de los hechos y las pruebas presentadas con la demanda se desprenda la inminente amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos<sup>17</sup>. Esta es una manera de fomentar y garantizar que las personas y las ONG promuevan acciones tendientes a proteger y defender el medio ambiente.

Otro obstáculo económico importante para el acceso a la justicia ambiental, es el pago de los gastos de los abogados de la contraparte y de otras costas si una persona particular u ONG pierde el juicio. En la mayoría de países se aplica la regla “perdedor pagador” en los casos ambientales, que es una norma importada del derecho procesal aplicable a causas en donde están en juego solo derechos individuales. Esta práctica procesal nada favorece el acceso a la justicia ambiental, por el contrario desincentiva a las personas y organizaciones sociales para adelantar juicios para pedir el cumplimiento de la normatividad ambiental y de sus derechos ambientales.

La regla “perdedor pagador” en litigios ambientales es aplicada de manera diferente en las regiones del mundo, en los países de América Latina es aplicada con diferentes matices, por ejemplo en Colombia en la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares, la condena en costas, entre ellas los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, se hará sólo en el evento de que se demuestre que la acción fue presentada de forma temeraria o de mala fe<sup>18</sup>. Igual situación se puede encontrar en el Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la cual se destaca que el accionante está exento de costas salvo temeridad o malicia.

---

<sup>17</sup> Ley 472 de 1998. “Artículo 25. *Medidas cautelares*. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1°. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado”.

<sup>18</sup> Ley 472 de 1998. “Artículo 38. *Costas*. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar el demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

Dentro de las posibles soluciones a los obstáculos de tipo económico, se propone reducir los costos de procedimiento en lo que se refiere a no requerir fianzas para los interdictos o medidas cautelares, financiamiento público a los abogados de las ONG, ayuda legal, caso a caso, pagar a los abogados de las ONG si el Gobierno o las empresas pierden (no lo contrario) y la financiación de fundaciones<sup>19</sup>.

## DIFICULTAD EN EL MANEJO DE EVIDENCIAS Y PRUEBAS Y SU VALORACIÓN POR EL JUEZ

Uno de los aspectos más complejos de las causas iniciadas para la defensa ambiental está relacionado con el manejo de la evidencia, la consecución y aportación de pruebas (CAPPELLI, 2006; 127), así como su posterior valoración por los jueces (BIBILONI, 2007: 34). Esta complejidad nace de la calidad que tienen los conflictos ambientales, en donde convergen hechos y circunstancias de tipo social, político, económico y ecosistémico. La comprensión de esta problemática no se puede hacer desde una mirada unidireccional y monodisciplinar, ni con los esquemas tradicionales del derecho del litigio individual, se hace necesario que las partes en un litigio ambiental, es decir el demandante, el demandado, el juez y los auxiliares de la justicia, amplíen los esquemas de comprensión de la ciencia y del derecho moderno, hacia esquemas integrales y holísticos, para poder entender la dimensión ambiental de la problemática (CAFFERATTA, 2004: 122).

En las diferentes legislaciones, la carga de la prueba en las acciones para la defensa del medio ambiente está en cabeza de los demandantes, a pesar de que el papel del juez ha cambiado hacia una posición más inquisitiva, con más protagonismo y con participación más activa en el proceso y gozando de algunos poderes adicionales para que decrete pruebas de oficio a cargo de agencias del Estado y algunas veces a cargo de los demandados. A pesar de estos alivios, el establecimiento de la carga de la prueba en cabeza de los particulares o de las organizaciones sociales que pretendan iniciar acciones judiciales en defensa de los intereses ambientales, que son intereses públicos, se convierte en un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental, porque las pruebas en los casos ambientales en su mayoría son pruebas técnicas, excesivamente costosas, difíciles de aportar al inicio de la acción o de practicar durante el juicio, por lo que la falta de estas o la dificultad para su aporte o práctica, hace que las personas u organizaciones sociales desistan de iniciar la acción judicial o en el peor de los casos sus pretensiones son desechadas por el

---

<sup>19</sup> En la investigación sobre indicadores de justicia y ambiente en la ciudad de Buenos Aires, realizada por la ONG argentina Fundación Ambiente y Recursos Naturales, se afirma que los aspectos económicos del proceso son fundamentales, no solo respecto de la resolución final en cuanto a las costas del mismo, sino también en relación a los costos de producción de la prueba que pueden incidir en el desarrollo de un proceso igualitario en la materia. Muchas de las conclusiones relativas a la prueba y la importancia de buscar formas más económicas para su producción tienen en vista la necesidad de superar las asimetrías que en torno a los costos del proceso pueden plantearse (DI PAOLA, DUVERGES y ESAIN, 2006: 288).

juez por la falta o insuficiencia de pruebas, lo que acarrea un déficit de protección de los derechos e intereses colectivos (DI PAOLA, DUVERGES y ESAÏN, 2006: 284).

La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental y la aplicación por los jueces del principio *in dubio pro ambiente*, posibilitarían y mejorarían el acceso a la justicia ambiental, reconociendo la conexión que tiene con los principios generales del derecho ambiental, como los de precaución, prevención, sostenibilidad, restaurabilidad o protección elevada (LOPERENA, 1998).

De otra parte, vemos como un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental la falta de preparación de los jueces al momento de valorar las pruebas, precisamente porque al tratarse en su mayoría de pruebas técnicas estos deben contar no solo con la preparación jurídica –ojala especializada– y la capacidad de comprender las pruebas técnicas, sino también que los juzgadores deben contar con una actitud abierta, creativa y poco dogmática, para poder interpretar y entender esas pruebas en el contexto social y ambiental de los intereses colectivos, entendiendo que la mayoría de las causas ambientales son de interés público y que están en juego no solo los derechos ambientales amenazados, sino también otros derechos fundamentales que podrían ser vulnerados, si la problemática ambiental no es solucionada a tiempo.

Las pruebas en las causas colectivas ambientales son de diversa índole y muchas veces escapan a los esquemas tradicionales probatorios del derecho privado; los indicios (BIBILONI, 2007: 37), las huellas, los saberes tradicionales y cotidianos de los habitantes de los territorios en donde se presenta el conflicto ambiental, son entre otros, algunos de los factores que deben reconocerse por los tribunales, precisamente por la calidad de los derechos e intereses colectivos que están en juego en un litigio ambiental. El reto de los jueces y magistrados está en comprender el texto y el contexto de los conflictos ambientales que se pretenden resolver por la vía jurisdiccional, en clave de interés público, de intereses difusos y de las consecuencias a futuro que podría tener su decisión, no solo para los actores y partes presentes en el juicio, sino también para las generaciones futuras.

## CONOCIMIENTO Y RECONOCIMIENTO DE LOS SABERES TRADICIONALES Y COTIDIANOS DE LOS CIUDADANOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN LAS CAUSAS COLECTIVAS AMBIENTALES

Dentro de las pruebas aceptadas por el derecho probatorio se encuentran entre otras, las pruebas periciales, la declaración de terceros, la inspección judicial, las pruebas técnicas. Dentro de estas pruebas el saber tradicional de las personas que tienen su asiento en el territorio objeto de impacto ambiental, solo es tenido en

cuenta por los jueces como declaración de terceros, en ningún momento se les da el valor como prueba de expertos.

La importancia que tienen los saberes tradicionales o ancestrales y el conocimiento que proviene de la experiencia (BRAND y KARVONEN, 2007: 21-31) de los habitantes de los territorios que reciben o recibirán directamente el impacto de la intervención en el medio ambiente, está dada en las representaciones y conocimiento real e inmediato de los hechos, de la historia de los aspectos físicos y bióticos de un territorio que solo lo puede dar el conocimiento tradicional y la experiencia de las personas que han vivido décadas o generaciones en determinados territorios (FISCHER, 2004: 97).

En los procesos judiciales se ha otorgado un peso y mayor valor probatorio a los conocimientos técnicos y científicos, levantados con metodologías avaladas por la ciencia moderna, es decir, por el método científico, desconociendo o subvalorando el conocimiento que proviene de la experiencia personal, social y cultural y de la práctica cotidiana de las personas y habitantes del territorio que están involucradas en un conflicto ambiental, con lo cual no se estaría dando aplicación a los principios de diversidad y pluralidad (de saberes y conocimientos), que son propios de los saberes ambientales.

Los procedimientos, las técnicas probatorias y su interpretación deberán cambiar<sup>20</sup> hacia otras formas que reconozcan el valor del dialogo de saberes, es decir, darle el valor preciso tanto al conocimiento técnico y científico de la ciencia moderna, como al conocimiento popular y tradicional, que no es otro que proviene de la experiencia cotidiana de vivir en un territorio, de conocer los ciclos naturales, la biodiversidad y la problemática ambiental en su contexto social y cultural. La experiencia que tienen los habitantes locales no se puede suplir con la experiencia de los técnicos que solo aparecen en los territorios, al momento de practicar las pruebas, sin tener en cuenta el contexto histórico, social, económico y ecológico de los conflictos ambientales. Ambos tipos de conocimientos, el tradicional y el técnico-científico se deben complementar al interpretar los complejos conflictos ambientales, dando el peso específico a cada uno, teniendo en cuenta el contexto de la problemática, la impronta colectiva de los derechos e intereses que están en juego y la indivisibilidad de los bienes jurídicamente tutelados.

---

<sup>20</sup> Propuesta de cambio que propone el derecho ambiental no sólo desde lo sustancial, sino desde una reinterpretación de los institutos jurídicos tradicionales del procedimiento y del derecho probatorio. Cafferatta así lo propone al decir que: "El derecho ambiental, en su incesante búsqueda de espacios, rompe con las cadenas que atan al sistema con las soluciones de corte individualista de las leyes decimonónicas. Y lo somete, desde su impronta social-colectiva, a un proceso de reformulación, renovación, urgente adaptación de instituciones tradicionales o de base, como la normativa de la responsabilidad por civil por daños y del proceso judicial. Frente a la cuestión ambiental los institutos ortodoxos del derecho, disfuncionan, se tornan obsoletos, e inútiles. Solo cabe una mudanza, para adecuar la respuesta para una problemática igual pero diferente, o francamente distinta que la normal, usual o habitual" (CAFFERATTA, 2004: 110).

## FALTA DE FUEROS JUDICIALES ESPECIALES E INSUFICIENTE CONSOLIDACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL: EL ROL DEL JUEZ EN LOS PROCESOS COLECTIVOS AMBIENTALES

Es reconocido el papel importante que juegan los jueces y tribunales en las democracias modernas, la existencia de un poder judicial fuerte e independiente, garantiza el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas de los Estados constitucionales modernos. El papel de la judicatura en temas ambientales es cada día más destacado al convertirse en garante en última instancia del cumplimiento de las normas ambientales, especialmente las relacionadas con los derechos ambientales<sup>21</sup>.

En diferentes evaluaciones hechas por organismos internacionales<sup>22</sup> y por las ONG, se ha identificado que la falta de fueros especiales para la resolución judicial de los conflictos ambientales y la inclusión de su resolución en las diferentes jurisdicciones ordinarias se convierte en un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental, por cuanto esta falta de especialización no favorece el avance de criterios de interpretación coherentes y consistentes sobre los diferentes temas y problemas que se presentan al momento de resolver los conflictos ambientales en las instancias judiciales (PASSOS, 2000: 234).

Igualmente, la falta de especialización de los jueces y de la inexistencia de fueros especiales no favorece el desarrollo y consolidación de una jurisprudencia ambiental sólida, evolutiva y apropiada a las condiciones sociales y ecosistémicas de donde se presentan los conflictos ambientales. En los países en donde se ha propiciado la implementación de una institucionalidad para la protección del medio ambiente por medios judiciales<sup>23</sup>, así sea precaria, se ha evidenciado el avance de la jurisprudencia ambiental, lo que se ha reflejado en una mayor y mejor

---

<sup>21</sup> Este reconocimiento se hizo explícito en la declaración de “Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la función del derecho adoptados por el Simposio Mundial de Jueces celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, del 18 al 20 de agosto de 2002” (2002: 2) al decir que: “Hacemos hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan a la mitigación de la pobreza y el sostenimiento de una civilización duradera, y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejor para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometen los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras”.

<sup>22</sup> Ver, entre otros, el documento: “Taller Regional sobre Fiscalías Ambientales. Buenos Aires, Argentina, 7 y 8 de noviembre de 2008. Desarrollo y conclusiones” (2008), auspiciado por el PNUMA.

<sup>23</sup> En América Latina, Brasil es uno de los países de la región más adelantado en esta materia al contar con fiscalías ambientales, juzgados ambientales y en algunos Tribunales estatales con salas especializadas en medio ambiente, además del destacado papel que cumple el Ministerio Público en las causas ambientales. También encontramos fiscales ambientales en Costa Rica, Honduras, Panamá, Chile y Guatemala, destacando otras instituciones como la PROFEPA, Procuraduría Federal de Protección Ambiental de México y con desarrollos exigüos en los otros países de América del Sur. “También resulta ilustrativo de este novedoso fenómeno de institucionalidad de las Fiscalías Ambientales, la experiencia en Europa: por ejemplo, España cuenta en 13 de las 50 Provincias que la componen, de Fiscalías Ambientales, lo que hace un total de 21 Fiscales Ambientales” (PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN DEFENSA DEL AMBIENTE, s.f.: 4).

protección de los derechos ambientales y del medio ambiente (CAPPELLI, 2006: 109).

El escaso desarrollo jurisprudencial nacional e internacional de los derechos ambientales y su exigua interpretación administrativa y judicial en torno a su sentido y grado de alcance, hace muchas veces que la aplicación de las normas ambientales sea restrictiva e interpretada con arreglo a los fines de las empresas o Estados desarrollistas, desconociendo en muchas de las veces los derechos consagrados legal y constitucionalmente.<sup>24</sup>

El rol del juez en los procesos colectivos ambientales es muy importante y totalmente diferente a su rol en los procesos individuales. La actitud y actividad del juez cuando está frente a las acciones que pretenden defender el medio ambiente o los derechos ambientales, es de un juez activo frente a la causa, tanto en el decreto de medidas cautelares, así no las haya pedido el demandante, el decreto oficioso de pruebas, facilitar los medios para su práctica y aportación al proceso, como en su valoración. Partimos del supuesto de que el juez en las causas ambientales no puede ser neutral (CAFFERATTA, 2004: 121), su obligación es la protección del medio ambiente y los derechos ambientales de acuerdo a los preceptos constitucionales y legales, que es también su medio ambiente; el juez está representando los intereses de la comunidad en las causas ambientales (JUCOVSKY, 2008: 231), lo que ha hecho que la actividad y las decisiones judiciales en las causas ambientales sean definitivas en la protección de los intereses no solo de las generaciones presentes sino también de las futuras. De una buena o mala decisión judicial puede depender el futuro de ecosistemas enteros, de la desaparición o conservación de especies de animales o plantas, que son o pueden ser vitales para la existencia de comunidades humanas (STEIN, 2006: 54).

Estamos de acuerdo con Cafferatta (2004: 123) cuando afirma que:

El panorama comparativo acusa una modalidad de tutela que se orienta hacia un juez con “responsabilidad social” o sea independiente a cabalidad pero comprometido, no desde luego con la orientación política circunstancial del gobierno del Estado sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y razonablemente, la trascendente evolución del derecho. Un juez que está en el centro del cuadrilátero pero no ya en la actividad neutral (la del referee) sólo para impedir los “golpes bajos”. Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes. La naturaleza del litigio ambiental, parodiando F. Baur por envolver una invariable axiológica, impele al juez para que salga de su papel pasivo, y asuma, de alguna manera, la responsabilidad

---

<sup>24</sup> Se puede ver en el informe de la coalición La Iniciativa de Acceso (TAI). “Situación del acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental en América latina. 2004-2005. Bolivia, Costa rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Brasil, Colombia, Venezuela” (LA INICIATIVA DE ACCESO EN AMÉRICA LATINA, s.f.).

por la cura de una relación docente entre el derecho y la vida. Por ello se ha dicho con razón, que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto que el medio ambiente está, de antemano, protegido.

## CONCLUSIONES

El acceso a la justicia ambiental, presenta obstáculos adicionales a los que se presentan corrientemente al acceso a la justicia, debido a la complejidad social, cultural y científico-técnica de los conflictos ambientales y así como la importancia económica, política y social de los casos ambientales; en los últimos cinco años se han realizado los primeros esfuerzos sistemáticos de investigación empírica sobre los problemas para el acceso a la justicia ambiental, en particular en Europa a partir de la entrada en vigor del Convenio de Aarhus. Desde muy temprano los autores han reconocido la dificultad que tienen los procesos en donde se hace la defensa ambiental y las barreras que encuentran los particulares y las organizaciones sociales para llevar adelante sus demandas, tales como las barreras de igualdad, económicas, políticas y técnicas para presentar y evaluar las pruebas. La investigación reveló otros obstáculos como los procesales, la dificultad en el manejo de evidencias y pruebas y su valoración por el juez; el conocimiento y reconocimiento de los saberes tradicionales y cotidianos de los ciudadanos sobre la problemática ambiental en las causas colectivas ambientales; el desarrollo de capacidades y competencias para la participación; el insuficiente acceso a la información ambiental; la falta de fueros judiciales especiales y la insuficiente consolidación de una jurisprudencia ambiental, destacando el rol importante que juega el juez en los procesos ambientales.

La eficacia de la defensa ambiental depende del número y de intensidad de los obstáculos que los ciudadanos y las organizaciones sociales, puedan encontrar al momento del ejercicio del derecho de acceso a la justicia ambiental y de la puesta en práctica de los instrumentos procesales que ofrece este derecho como garantía de efectividad de los demás derechos ambientales. Además de la necesidad de su reconocimiento formal como derecho subjetivo, es importante comprender algunos aspectos de su ejercicio, para reconocer su verdadera proyección como instrumento eficaz para la defensa y protección de los derechos ambientales y del medio ambiente en los ámbitos locales, nacionales e internacionales.

El acceso a la justicia ambiental ante los tribunales nacionales e internacionales encuentra obstáculos de diferente tipo; unos previos, que impiden a los ciudadanos y organizaciones sociales, siquiera a acceder a las instancias judiciales correspondientes; otros que están relacionados con la misma tradición procesalista individualista de los sistemas jurídicos occidentales; otras barreras tienen que ver con la calidad de los actores mismos del proceso, los ciudadanos, las



organizaciones sociales, las empresas, la administración pública, los tribunales y demás participantes en las instancias judiciales; otros obstáculos son intrínsecos y que tienen que ver con el desarrollo y puesta en marcha de los procedimientos como tal. De la mayor o menor intensidad de las barreras y del número de obstáculos que se presenten en la resolución de un conflicto ambiental por las vías del acceso a la justicia ambiental, depende si se pueden convertir en unas barreras muy fuertes casi infranqueables, no solo para acceder a las instancias y los procedimientos del acceso a la justicia ambiental, sino para obtener los resultados de protección de los derechos ambientales.

Algunos obstáculos tienen más impacto negativo en el acceso a la justicia ambiental y se pueden convertir en barreras infranqueables para los particulares y las organizaciones sociales; sin desconocer la existencia de otros obstáculos que en los casos específicos se puedan presentar; cada causa ambiental tiene sus propios obstáculos en número e intensidad mayor o menor, dependiendo de la calidad de los actores, el territorio, la legislación vigente en el país en donde se tramiten, las estrategias legales que se planteen, el nivel de organización de la sociedad civil, los niveles de corrupción locales o nacionales y otras variables independientes, propias de cada conflicto ambiental.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIDA (Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente). (2010). "AIDA: Protegiendo a las comunidades y al ambiente en América". En: <http://www.aida-americas.org/es/about> [Consultado el 7 de octubre de 2010].
- AJÁ (Asociación para la Justicia Ambiental). (2007). "Access to justice in Spain under the Aarhus Convention". En <http://www.elaw.org/system/files/AccessJusticeSpainFeb2007.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- Bibiloni, Héctor Jorge. (2007). "Algunas cuestiones de prueba en los procesos ambientales". En: *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias. Tercero - 2004, Cuarto - 2005, Quinto - 2006* (pp. 25-44). México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C.
- Balanyá, Belén. (2007). "¿Cenamos esta noche, comisario?: Lobby en Bruselas". En: *Las Empresas Transnacionales en la Globalización* (pp. 22-25). Madrid: Observatorio de Multinacionales en América Latina.
- Brand, R. y Karvonen, A. (2007). "The ecosystem of expertise: complementary knowledges for sustainable development". *Sustainability: Science, Practice & Policy*, No. 1, Vol. 3, pp. 21-31.
- Cafferatta, Néstor A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Cappelletti, Mauro. (1984). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Institute Universitaire Européen.
- Cappelli, Silvia. (2006). "Experiencia del sistema de Fiscalías Ambientales en Brasil". *Revista Mexicana de Legislación Ambiental*, No. 13, Año 4. México, D.F.: Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental.
- Casal, Jesús María, Roche, Carmen Luisa, Richter, Jacqueline y Chacón Hanson, Alma. (2005). *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis).



- Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de agosto 5 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. En: [http://www.oas.org/juridico/spanish/col\\_res16.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/col_res16.htm)
- Convenio de Aarhus. (1998). "Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio Ambiente". En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:124:0004:0004:ES:PDF> [Consultado el 4 de octubre de 2010].
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). En: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Di Paola, María Eugenia, Duverges, Dolores y Esain, José Alberto. (2006). *Indicadores sobre justicia y ambiente: actualidad del principio 10 en la Argentina*. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).
- ELAW (Environmental Law Alliance Worldwide). (2010). "Acerca de ELAW". En: <http://www.elaw.org/node/3627> [Consultado el 7 de octubre de 2010].
- Fischer, Frank. (2004). "Citizens and Experts in Risk Assessment: Technical Knowledge in Practical Deliberation". *Technikfolgenabschätzung*, No. 2/13, pp. 90-98.
- Galanter, Marc. (2001). "Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico". En: García Villegas, Mauricio (ed.). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Hernández Zubizarreta, Juan. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en México elaborado por las organizaciones de la sociedad civil para el examen periódico universal. (2008). En: <http://www.equipopueblo.org.mx/desca/descargas/Informe%20DESCA%20para%20EPU-8%20septiembre%2008.pdf> [Consultado el 4 de octubre de 2010].
- Jucovsky, Vera Lucía R.S. (2008). "El Poder Judicial y la impartición de justicia ambiental". En: 6° *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias*. México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C.
- La Iniciativa de Acceso en América Latina. (s.f.). "Situación del acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental en América latina. 2004-2005. Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Brasil, Colombia, Venezuela". En: <http://www.accessinitiative.org/sites/default/files/Situación%20del%20Acceso.pdf> [Consultado el 13 de octubre de 2010].
- Loperena Rota, Demetrio. (1998). *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Martín Mateo, Ramón. (1992). *Tratado de derecho ambiental*. Vol. II. Madrid: Trivium.
- Martínez, Isabel. (2000). *El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990*. México, D.F.: Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ORPALC) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2007). *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*. En: <http://proyectoredandina.files.wordpress.com/2010/03/naciones-unidas-informe-rep-especial-ddhh-y-corporaciones-transnacionales-feb-2007.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- Papel del Ministerio Público fiscal en defensa del ambiente. (s.f.). En: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base-%20El%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf> [Consultado el 12 de octubre de 2010].

- Participate. (2008). "European Eco Forum Report On Aarhus Implementation" En: [http://www.participate.org/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=62&task=finish&cid=30&catid=4](http://www.participate.org/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=62&task=finish&cid=30&catid=4) [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- Passos de Freitas, Vladimir. (2000). "El acceso a la justicia ambiental en Brasil". En: *Derecho ambiental y desarrollo sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina. Memorias del Simposio Judicial realizado en la ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000*. México, D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio ambiente, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México.
- Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la función del derecho adoptados por el Simposio Mundial de Jueces celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, del 18 al 20 de agosto de 2002. (2002). En: [www.oas.org/es/cidh/.../docs/.../Johannesburg-Principles\\_SPANISH.doc](http://www.oas.org/es/cidh/.../docs/.../Johannesburg-Principles_SPANISH.doc) [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- Stein, Paul. (2006). "Why judges are essential to the rule of law and environmental protection". In: Greiber, T. (ed.). *Judges and the Rule of Law. Creating the Links: Environment, Human Rights and Poverty*. UK: IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge.
- Taller Regional sobre Fiscalías Ambientales. Buenos Aires, Argentina, 7 y 8 de noviembre de 2008. Desarrollo y conclusiones. (2008). En: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/rol%20de%20las%20fiscalias/Conclusiones%20Taller%20Regional.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- The Access Initiative. (2010). *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*. En: [http://www.accessinitiative.org/sites/default/files/Greening%20Justice%20Final\\_31399\\_WRI.pdf](http://www.accessinitiative.org/sites/default/files/Greening%20Justice%20Final_31399_WRI.pdf) [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- The Supreme Court of Canada. (s.f.). *Court File No. 32797*. Factum of The Intervenors: Canadian Environmental Law Association, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club of Canada, Quebec Environmental Law Centre, Friends of The Earth and Interamerican Association For Environmental Defense En: [http://www.aida-americas.org/sites/default/files/Red\\_Chris\\_amicus\\_0.pdf](http://www.aida-americas.org/sites/default/files/Red_Chris_amicus_0.pdf) [Consultado el 9 de octubre de 2010].
- Tribunal Permanente de los Pueblos. (2010). "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos". En: <http://www.internazionaleleliobasso.it/index.php?op=6&oid=3> [Consultado el 8 de octubre de 2010].

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Munévar Quintero, Claudia Alexandra. (2013). "La incidencia de la educación jurídica ambiental y la participación, en la transformación del conflicto ambiental". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 147-163. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 30 de noviembre de 2012

Aprobado el 18 de julio de 2013

# LA INCIDENCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL Y LA PARTICIPACIÓN, EN LA TRANSFORMACIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL\*

CLAUDIA ALEXANDRA MUNÉVAR QUINTERO\*\*  
UNIVERSIDAD DE MANIZALES

## RESUMEN

El presente artículo, tiene como objetivo presentar el resultado de la investigación "El origen y transformación del conflicto ambiental", respondiendo a la pregunta: ¿Cuál es la incidencia de la educación jurídica ambiental y la participación, en la transformación del conflicto ambiental? Con la metodología de estudio de caso, de tipo descriptivo-analítico, se describió cada una de las etapas del conflicto ambiental y se analizó cómo la educación jurídica ambiental y la participación inciden positivamente en su desarrollo. A partir del problema y de los resultados, se concluye que el conocimiento de la norma y de los mecanismos jurídicos de participación, permiten la materialización del derecho al acceso a la justicia.

**PALABRAS CLAVE:** Educación jurídica ambiental, participación, transformación, conflicto ambiental.

---

\* Este artículo presenta los resultados del proyecto de investigación titulado "Origen y transformación del conflicto ambiental: dos estudios de caso", dirigido por el Doctor Javier Gonzaga Valencia, el cual se concentró en la descripción y análisis del aprovechamiento de la reserva forestal protectora de río Blanco y la quebrada Olivares y el trasvase del río Guarínó al río La Miel. Investigación realizada y culminada como opción para obtener el título de Magíster en Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, de la Maestría en Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente y Centro de Investigaciones en Medio Ambiente y Desarrollo, Universidad de Manizales.

\*\* Abogada-docente-investigadora, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIS), Facultad de Ciencias Jurídicas, Programa Derecho, Universidad de Manizales. Integrante del grupo Derechos Humanos y Conflicto. Magíster en Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente de la Universidad de Manizales. Estudiante Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Caldas. Doctoranda en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Manizales. Diplomados en Docencia Universitaria, Estándares Internacionales de Derechos Humanos, Gestión Ambiental y Docencia Universitaria para la Educación a Distancia y Virtual. Tutora de la Maestría Virtual en Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. Correo electrónico: cmunear@umanizales.edu.co, claumunear@gmail.com

## THE INCIDENCE OF ENVIRONMENTAL LEGAL EDUCATION AND THE PARTICIPATION ON THE TRANSFORMATION OF THE ENVIRONMENTAL CONFLICT

### ABSTRACT

This article aims to present the outcome of a research work entitled "The origin and transformation of environmental conflict" which answers the question: What is the impact of environmental legal education and participation on the transformation of the environmental conflict? Applying the case study methodology as well as the descriptive-analytical approach, each one of the stages of environmental conflict was described and how environmental legal education and participation have a positive impact on their development was analyzed. From the problem and its results, this paper concludes that knowledge of the rule and the legal mechanisms for participation, allow materializing the access to justice right.

KEY WORDS: Legal and environmental education, participation, transformation, environmental conflict.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se pretende definir o encontrar el concepto de la palabra conflicto, generalmente, su significado se relaciona con hechos litigiosos, contiendas y situaciones problemáticas. Sin embargo, desde la perspectiva social, o mejor aún, socio-jurídica, el conflicto alcanza un significado más amplio y profundo, definido por Felstiner, Abel y Sarat (2001: 41) como “construcciones sociales”.

Sin embargo, hablar o entender el conflicto como una construcción social requiere determinar escenarios que permiten hablar de construcción, evolución, etapas, situaciones, hechos generadores, etc. Se entiende que todo conflicto tiene un origen, una forma y un final diferente determinados por factores, hechos, actores y partes que participan o se involucran en él. Puntualizando en un conflicto ambiental, y, más aún, cuando se tiene la osadía de definirlo como una construcción social, es necesario establecer que la forma de concebirlo es diferente desde lo jurídico y desde lo social.

Desde el primer aspecto, puede verse como el quebrantamiento de una norma por acción u omisión de determinado agente sea privado o estatal, y cuyas consecuencias tienen serias repercusiones en un bien jurídico protegido por el Estado, el cual debe ser garantizado, restablecido y sancionado. Desde el segundo aspecto, esto es, desde lo social, un conflicto tiene repercusiones más amplias, puesto que este puede generarse aun sin tener conocimiento que muchas de las situaciones conflictivas o problemáticas están garantizadas y protegidas por parte del Estado.

Desde la integración de lo jurídico y lo social, un conflicto ambiental puede entenderse como una construcción social, puesto que previamente y antes del conocimiento por parte de las instituciones del Estado se dan una serie de etapas que permiten evolucionar el conflicto hasta convertirlo en un conflicto jurídico, conducentes o no la solución del mismo por medio de las garantías y mecanismos legales disponibles para ello.

Felstiner, Abel y Sarat (2001) establecen en su teoría del *origen y transformación de los conflictos*, tres etapas sucesivas: el reconocimiento, la acusación y reclamación, que muestran cómo desde el origen de un conflicto, este se genera y se desarrolla. No obstante, a partir del análisis de la investigación realizada, de cuyos resultados se deriva este artículo, emerge una cuarta etapa que determina la efectividad de esta transformación: la repuesta. Esta evolución y etapas del conflicto ambiental, permitió definirlo como una construcción jurídico-social.

En dichas etapas aparecen dos elementos fundamentales, los cuales permiten que la transformación del conflicto ambiental surja por parte de la comunidad

agraviada o víctima de determinados hechos, y son: la educación jurídica ambiental y los procesos de participación. Estos dos elementos también tienen definiciones diferentes desde lo social y desde lo jurídico, pero para efectos de este artículo se profundizarán desde las relaciones e incidencias de uno sobre otro.

## METODOLOGÍA

El problema que se buscó resolver con la investigación ya terminada, respondió a la pregunta: ¿Cómo inciden los procesos de participación y la educación jurídica ambiental, en la transformación de los conflictos de río Blanco y la quebrada Olivares y el trasvase del río Guarinó al río La Miel? La pregunta se deriva del problema relacionado con el desconocimiento de la legislación ambiental por parte de las comunidades que son víctimas de un conflicto ambiental. A partir de la metodología de estudio de caso (GEORGE y BENNETT, 2005 ) de una investigación socio-jurídica (BERNAL y PACHECO, 2003 ), de tipo descriptivo-analítico (HURTADO, 2010 ), se logró establecer que gracias a la educación jurídica ambiental y a los procesos participativos, la comunidad puede conocer la norma y los mecanismos jurídicos que le permiten acceder a la justicia.

El presente artículo enfatiza en los resultados de esta investigación, optando por un análisis documental de la fundamentación teórica y de los instrumentos empleados, tales como, entrevistas semi-estructuradas aplicadas a los miembros de la comunidad objeto de estudio y de la observación de los casos. Se presentan las conclusiones de la incidencia de la educación jurídica ambiental y la participación, en la transformación del conflicto ambiental en las diferentes categorías de estudio. En primer lugar, se desarrolla el concepto de educación jurídica ambiental y los procesos participativos, desde los principales autores referenciados en el marco teórico de la investigación. Segundo, se desarrolla el concepto de conflicto desde la perspectiva ambiental, social y jurídica. Tercero, se analiza cada una de las etapas del conflicto ambiental, esto es, origen, reconocimiento y percepción, acusación, reclamación y respuesta. Por último, se concluye cómo la educación y la participación inciden positivamente en el desarrollo de cada una de las etapas permitiendo la solución al problema del desconocimiento de la norma y de la brecha que existe entre las comunidades y el acceso a la justicia.

## LA EDUCACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL Y LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

Por un lado, y en un primer momento, la educación ambiental ha sido reconocida a nivel internacional (por ejemplo, por la Conferencia de Estocolmo en 1972 y por la UNESCO), como un mecanismo preventivo y eficaz para la creación no solo

de una conciencia ambiental, sino también como una herramienta que permita enfrentar la crisis ambiental, a tal punto que el desconocimiento de la misma puede agravar la crisis ecológica vivida actualmente. Al respecto, Leff (2004: 2) establece: “La crisis ambiental es la primera crisis del mundo globalizado producida por el desconocimiento del conocimiento”.

Desde el ámbito jurídico, la educación ambiental ha tenido un reconocimiento en la Constitución Política de 1991 y en la legislación nacional, lo cual implicó que se relacionara con lo jurídico, para precisarse como una educación jurídica ambiental. Por un lado, el Artículo 67 de la Constitución Política de 1991<sup>1</sup>, hace referencia al papel de la educación en la formación del ciudadano para diferentes aspectos, entre ellos, el ambiental. De otro lado, la Ley 1549 de 2012, por medio de la cual busca fortalecer la política ambiental del país, entendiendo la educación ambiental desde su Artículo 1:

Como un proceso dinámico y participativo, orientado a la formación de personas críticas y reflexivas, con capacidades para comprender las problemáticas ambientales de sus contextos (locales, regionales y nacionales). Al igual que para participar activamente en la construcción de apuestas integrales (técnicas, políticas, pedagógicas y otras), que apunten a la transformación de su realidad, en función del propósito de construcción de sociedades ambientalmente sustentables y socialmente justas.

Al respecto, Cadet (2007: 139) afirma:

La educación jurídica ambiental como dimensión de la educación ambiental se presenta en este artículo como uno de los instrumentos básicos para garantizar en el espacio comunitario el conocimiento, respeto y estricto cumplimiento de la legislación vigente; así como un medio eficaz para garantizar la participación pública consciente y la afluencia de la opinión ciudadana a los procesos de toma de decisión en materia ambiental.

Esta interrelación se justifica, puesto que no es suficiente la toma de conciencia ambiental, sino que además, es necesaria la identificación de derechos, deberes y normas que los regulan y garantizan, para que la educación alcance un fin preventivo a través del conocimiento de las disposiciones legales por parte de la comunidad.

---

<sup>1</sup> Constitución Política: Artículo 67, Inciso 2. “La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”. Artículo 79. “[...] Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

Como segundo elemento fundamental para la transformación del conflicto ambiental, se encuentra la participación, la cual dentro de diferentes definiciones hace referencia a la acción, cooperación, colaboración, intervención, etc. En este sentido, Moliner (1998: 584), la define como “ser de los que hacen”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el mismo término como “tomar parte en algo”. De esta manera, el concepto de participación ha sido desarrollado dentro los diferentes ordenamientos jurídicos de los países. En el caso colombiano, desde la Constitución Política de 1991, el término adquirió importancia y relevancia que se refleja dentro de sus diferentes disposiciones,<sup>2</sup> lo cual conllevó al desarrollo y regulación en su sistema de normas. En este sentido, la influencia de los tratados internacionales fue determinante para que hoy en día la participación en materia ambiental, constituya uno de los procesos más importantes para la protección del medio ambiente.

Esta importante consideración y consagración de la participación en el ordenamiento jurídico ambiental colombiano, se remonta a la relevancia que desde el origen del Derecho Ambiental Internacional, se le reconoció a los procesos participativos. Dentro de las conferencias más significativas y resonantes en el ámbito internacional, se encuentra la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, la cual por su resonancia internacional influyó directamente en la expedición del Código de Recursos Naturales, Decreto 2811 de 1974<sup>3</sup> y en el amplio articulado ambiental de la Constitución Política de 1991, la cual fue definida doctrinal y jurisprudencialmente como una Constitución Ecológica.<sup>4</sup> Esta conferencia constituyó un referente importante para su inclusión en materia ambiental en la legislación colombiana, y asimismo, en la creación de diferentes entes gubernamentales y de mecanismos de participación para la protección del medio ambiente.

Veinte años después, la Conferencia Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, introdujo diferentes instrumentos

---

<sup>2</sup> Artículo 1, Artículo 40, Artículo 229, Artículo 79, Artículo 88, Artículo 329 de la Constitución Política.

<sup>3</sup> Además de elevar las disposiciones ambientales a un nivel de código, resalta como máximo logro la participación social, como uno de los procesos para la preservación, protección y restauración del ambiente. Así lo cita el Artículo 2, numeral 1 del Decreto 2811 de 1974: “Fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos, este Código tiene por objeto: 1.- Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguran el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos, y la máxima participación social para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio Nacional”.

<sup>4</sup> Sentencia C-071 de 1994: “El ambiente sano fue una de las preocupaciones principales del constituyente, al punto de que los más de 30 artículos de la Carta que hacen alusión al tema permiten hablar de la existencia de una ‘Constitución Ecológica’”.



jurídicos<sup>5</sup> de carácter declarativo y convencional, que enfatizaron la importancia de mecanismos y recursos para la participación de todos los ciudadanos en el cuidado del medio ambiente, cuya incidencia se vio reflejada en la expedición de la Ley 99 de 1993, la cual incorporó importantes disposiciones en materia de participación en asuntos ambientales.

De igual forma y desde un carácter general, el ordenamiento jurídico colombiano contempla además leyes y regulaciones referentes a la participación, como la Ley 134 de 1994, la cual dicta normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Además la Ley 489 de 1998, la cual desde sus Artículos 32 y 33, modificados por el Artículo 78 de la Ley 1474 de 2011, hace referencia a la obligación de la Administración Pública de desarrollar su gestión, conforme a los principios de democracia participativa. En este sentido, señala que la Administración Pública debe convocar a la comunidad a la participación en audiencias públicas, a la participación ciudadana en sus planes de desarrollo, a la difusión de la información a los ciudadanos y demás formas de participación señalados en los artículos referenciados.

Finalmente, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) en el año 2002, se reitera la importancia en la legislación de los países, de asegurar la participación para la toma de decisiones que afecten el medio ambiente y el desarrollo<sup>6</sup>.

Desde el Derecho Internacional y Nacional del Derecho Ambiental, la participación ha sido, más que un concepto, una forma de tomar parte en la protección del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, tal como lo establece el Artículo 79 de la Constitución Política: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo". El alcance de este artículo permitió la materialización de simples enunciados normativos, en desarrollo de medios efectivos, para que mediante el acceso a la justicia o por medio de las garantías normativas, se proteja el derecho de la comunidad a gozar de un ambiente sano y de todos aquellos derechos que por conexidad se requieren para su efectivo goce.

---

<sup>5</sup> Declaración de Río de Janeiro. Principio 10: "Los temas ambientales son manejados de una mejor manera con la participación de todos los ciudadanos involucrados [...] así como la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. Los estados facilitarán y alentarán la conciencia y participación pública, haciendo ampliamente disponible la información. Se proveerá acceso efectivo a procedimientos administrativos y judiciales incluyendo revisión y reparación. Participación de la sociedad en la conservación del medio ambiente nacional, así como acceso apropiado a la información que tengan las autoridades públicas, resaltando su participación en los procesos de toma de decisiones".

<sup>6</sup> Párrafo 128. "Asegurar el acceso a nivel nacional de información ambiental y trámites judiciales y administrativos, como también la participación pública en procesos de toma de decisiones para promover el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [...]".

Al resaltar la importancia de estos dos elementos para la transformación del conflicto ambiental, se puede establecer cómo por medio de la educación se conocen los derechos; y por medio de la participación, se moviliza para la reclamación de garantías e intereses, en la intervención y toma de decisiones y para la protección del medio ambiente y demás derechos de carácter fundamental y colectivo que se interrelacionan.

## LA TRANSFORMACIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL

Al re-significar el concepto de conflicto y al entenderlo como una construcción jurídico-social, se pueden determinar las etapas de esa transformación y los elementos que inciden, más aún, cuando se habla de un conflicto ambiental en el cual convergen aspectos de diferente índole, tales como: sociales, políticos, culturales, económicos y ecológicos.

Desde su **origen**, el conflicto ambiental tiene una connotación diferente en el aspecto jurídico y social. Para el primero, un conflicto ambiental puede generarse desde la inobservancia de las disposiciones legales, sea por acción u omisión, lo cual ocasiona un daño que lesiona derechos e intereses protegidos y que causa un daño al medio ambiente. Sin embargo, desde el aspecto social, el conflicto se origina desde aspectos más amplios, porque de acuerdo a lo establecido por Flah, Lily y Smayevsky (1993, citados por CAFERRATA, 2004: 56): “No todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos para la comunidad”.

Precisamente un conflicto ambiental generado para una comunidad, puede y casi siempre lesiona bienes valiosos para ese conglomerado, que no necesariamente son considerados así para la legislación que los regula y que en determinado momento protegerá y sancionará determinados bienes o derechos, dejando de lado otros, que para determinado grupo o colectividad son iguales o más esenciales que los protegidos por la normatividad. Por ejemplo, desde el ámbito social, el otorgamiento de una licencia ambiental para determinada obra o proyecto, constituye el origen de un conflicto social porque pretende intervenir zonas que tienen un valor cultural, económico y ambiental para ellos. El solo hecho de intervenirlas, aún sin reconocer sus causas y consecuencias, que pueden ser negativas o positivas, ya representa un conflicto; así dicha licencia haya sido concedida en cumplimiento de todos los requisitos legales. En consecuencia, es necesario establecer que a partir del origen de un conflicto ambiental, estas dos perspectivas y significados deben conciliarse o establecer parámetros de común acuerdo, porque de lo contrario, el conflicto ambiental se originará, pero no se transformará.

Desde el origen del conflicto ambiental y para su transformación, empiezan a figurar los elementos de la educación jurídica ambiental y la participación, puesto que a partir de los diferentes significados del conflicto, no podrá haber un reconocimiento de una verdadera vulneración de los derechos, ya que para la comunidad serán unos y para la legislación serán otros. En este sentido, la comunidad requiere de conocimiento, de educación en materia legal, reconocer sus derechos y deberes, cuáles están siendo vulnerados, desde qué perspectivas y conceptos la legislación los reconoce o no. Solo a partir de este momento y de este cotejo, la comunidad reconocerá cuáles derechos puede o no reclamar. Para adquirir este conocimiento, la comunidad requiere de educación jurídica y de movilización interna y externa, de búsqueda de información y de fuentes, para conocer que dentro de sus derechos y deberes, juega un papel importante el hecho de participar.

Una vez la comunidad adquiere para sí la definición de conflicto desde el ámbito jurídico, el conflicto empieza a transformarse. Una vez generado, la comunidad empieza a percibirlo y a reconocerlo como una experiencia de daño percibida o no percibida, tal como la denomina Felstiner, Abel y Sarat (2001): **percepción y reconocimiento**.

Esta primera etapa de reconocimiento, es fundamental para la transformación del conflicto ambiental, puesto que es lógico pensar, que sin haber una percepción de daño pueda proceder a reclamarse. Sin embargo, el reconocimiento del daño, sus causas y consecuencias, no es suficiente para iniciar una reclamación, puesto que puede percibirse el conflicto, saber que estos vulneran sus derechos, los cuales están garantizados y protegidos normativamente, y que muchas de las disposiciones legales coinciden con las que para la comunidad constituye un agravio y vulneraciones.

Es importante, nuevamente, hablar de la educación jurídica ambiental y de los procesos de participación en esta etapa de transformación del conflicto. Desconocer las disposiciones que le indican a la comunidad qué derechos son vulnerados o vulnerables y las implicaciones de este desconocimiento o daño, puede resultar más grave que el daño mismo. Es decir, el no reconocimiento del conflicto puede traer igual de consecuencias dañosas y gravosas más que el conflicto como tal, puesto que la comunidad será víctima de unas consecuencias de las cuales se abstendrá de reclamar y que además tendrá que soportar sin reconocer las implicaciones de las mismas. Al respecto, Palau (2003: 55) establece:

El tema de la educación en la gestión ambiental, es definitivo, pues solamente accediendo al conocimiento de los elementos que conforman el entorno, una adecuada valoración de los recursos naturales, sean renovables o no, las graves implicaciones de la contaminación y la comprensión de la necesidad de construir modelos de desarrollo acordes con la limitada capacidad de oferta y el

vertiginoso crecimiento de la población mundial, podremos abordar con seriedad la búsqueda de una mejor calidad de vida para todos y para todas.

De acuerdo con la anterior afirmación, la percepción y reconocimiento del daño permite la generación de reacciones que posibilitarán la transformación del conflicto ambiental. A partir de su conocimiento y aplicación, la norma trasciende el vago concepto de regulación y será entendida y acogida por la comunidad como un medio de garantías, protección y seguridad jurídica tanto al medio ambiente, como a la comunidad. En este sentido, Jaquenod (1999, citado por DÍAZ, 2008: 25), establece:

Las disposiciones jurídico ambientales son una importante herramienta al servicio de la protección de los recursos naturales. Sin embargo, si no se conocen, o conociéndolas se ignora el enlace legal con otras normas también aplicables, el instrumento jurídico habrá desvanecido su fuerza y así, debilitado, será incapaz de servir a la protección del ambiente.

Cuando la comunidad reconoce no solo el conflicto ambiental, sino además el alcance de las disposiciones normativas, se generan procesos de información, formación y participación, que permitirán la protección posterior de unos derechos y garantías, y además la conformación de una sociedad ambiental. Así lo establece Valencia (2006: 2):

Sin conocer la legislación y su aplicabilidad es difícil la protesta exitosa frente a injusticias ambientales. Sin una educación en los asuntos legales ambientales, o mejor, sin una educación donde la dimensión ambiental enhebre, congregate, reúna los diversos problemas, es muy difícil la construcción de una sociedad ambiental.

En este punto se puede hablar de un reconocimiento verdadero, no solo del daño, sus causas y consecuencias, sino también del reconocimiento del agresor y los mecanismos que le permitirán a la víctima acusar y reclamar ante el administrador de justicia. Surtida esta etapa, se evidencia la primera transformación del conflicto desde la intervención de la participación, para llegar a la segunda etapa: la acusación.

La **acusación** constituye la segunda etapa en la transformación del conflicto ambiental. En palabras de Felstiner, Abel y Sarat (2001: 45), en esta etapa: “La persona lesionada debe sentir que ha sido objeto de algo que no está bien y considerar que debe hacer algo con respecto al daño”.

En este sentido, la comunidad que se considera lesionada o agraviada debe identificar al agresor, entendiéndose este como aquel originador del conflicto

ambiental. Sin embargo, la acusación como etapa de transformación, también se ha constituido como una etapa donde aparecen las más importantes dificultades en la transformación del conflicto ambiental. Según los resultados hallados en la investigación sobre la cual se publica este artículo, la identificación del agresor, más que constituir un avance, genera un sentimiento de impotencia sobre la comunidad víctima del conflicto generado.

Los siguientes extractos tomados de la investigación sobre la cual se escribe este artículo<sup>7</sup>, donde uno de los casos analizados es el conflicto ambiental del caso del trasvase del río Guarinó al río La Miel, ilustran cómo en la etapa de acusación, el reconocimiento del agresor causó desmotivación en la comunidad víctima del conflicto. Así lo expresan algunos de los entrevistados:

Hacían unos escenarios muy feos de discriminación de la gente que venía de La Dorada. Llegaban los pescadores y los miraban de arriba abajo y llegaban los de Isagen y les decían: "bien pueda doctor! Y mandaban hasta por tinto. Es increíble la discriminación e invisibilización de la gente. (Entrevistado 4, Caso 2)

En una primera instancia, la comunidad siente una desventaja entre las partes que participan, ya que generalmente los grandes conflictos se generan por grandes proyectos, cuyos protagonistas son grandes empresas y en la mayoría de los casos, instituciones del Estado<sup>8</sup> (DÍEZ, 2011). Estas características de la parte acusada o identificada por la comunidad como los causantes del daño, no solo causan desánimo o impotencia, sino también desconfianza en el Estado, lo que impediría la transformación del conflicto a una etapa de reclamación ante la administración de justicia.

Mientras que Isagen tenía todo su pool de abogados y ya muchos de nosotros estábamos trabajando fuera. Entonces, a duras penas, medio podíamos sostener los recursos económicos para sostener una buena defensa de acuerdo a la magnitud del caso y a la contraparte, con la cual nos estábamos enfrentando. (Entrevistado 3, Caso 2)

Este tipo de identificación a la parte acusada, genera caracterizaciones y denominaciones de la misma, como las que encontramos:

Y de otro lado, la dificultad económica. Se necesitaba dinero y nos quedamos cortos en recolectar recursos para enfrentar a un monstruo tan grande como con el que se estaba peleando. (Entrevistado 3, Caso 2)

---

<sup>7</sup> Tesis: "El Origen y transformación del conflicto ambiental: dos estudios de caso". Caso 1: Aprovechamiento forestal de la reserva forestal protectora de Río Blanco y Quebrada Olivares. Caso 2: Trasvase del río Guarinó al río La Miel.

<sup>8</sup> De acuerdo con la tesis de maestría de Díez (2011), "es evidente que las administraciones locales (municipios), normalmente son las más demandadas, prueba de ello son las más de 399 acciones populares que ha conocido el Tribunal Contencioso Administrativo en segunda instancia".

Estas interpretaciones y todas aquellas que puedan surgir en un conflicto ambiental, pueden generar todos estos sentimientos en la comunidad, pero, de la superación de todas estas dificultades, depende la transformación del conflicto, y esto se logra a partir del acercamiento a la norma, a los mecanismos de defensa y a las instituciones que pueden generar seguridad para el caso en controversia. Al respecto, Valencia (2006: 3) plantea:

La legislación ambiental en esta mirada dejará de ser un listado extenso de leyes y decretos, de derechos y obligaciones, de sanciones, restricciones y concesiones, para convertirse en una oportunidad para los ciudadanos, la sociedad civil y los entes estatales, de mejorar nuestro medio ambiente y convertir ese deber ser de las leyes, en un ser que se concrete en un mejoramiento ambiental de la calidad de vida.

En esta etapa, la comunidad empieza un primer acercamiento a la administración de justicia. Es determinante que la comunidad confíe en ella, o que la visualice como una institución del Estado capaz de brindar seguridad, garantía y solución, que por causa del origen del conflicto, se están viendo vulnerados algunos de sus derechos. Una vez más, tanto la educación como la participación constituyen elementos indispensables para la conformación de un proceso que no solo permite identificar el conflicto y el daño, sino que permite también el reconocimiento del agresor para que por medio de los mecanismos legales inicie el proceso de acusación que conlleva a la transformación del conflicto a una tercera etapa: la reclamación.

La **reclamación**, etapa donde se configura el acceso a la justicia, constituye una fase del conflicto. Llegar a esta fase, depende del reconocimiento y percepción, puesto que en palabras de Felstiner, Abel y Sarat (2001: 45): “Solo una pequeña fracción de experiencias de daño maduran hasta llegar a convertirse en conflicto”. Sin embargo, puede presentarse el evento en que las víctimas perciban, pero no reclamen. Esta situación puede presentarse por varias razones, como por ejemplo, el desconocimiento de los mecanismos procesales para el acceso a la justicia. Al respecto, Rodas (2001: 98) complementa: “Como lo muestran algunas investigaciones socio-jurídicas el conocimiento jurídico es un saber casi abstracto en las clases populares, dejando estas de recurrir al formalismo jurídico aun teniendo derecho a hacerlo”.

El formalismo jurídico ha constituido una de las dificultades y brechas más grandes en el acceso a la justicia, bien sea por el desconocimiento de los mecanismos legales, la falta de educación jurídica en la materia por parte de la comunidad o por la desconfianza en las instituciones del Estado. En este sentido Valencia, Zuluaga y Peralta (2006: 94) expresan: “Podríamos afirmar que existe en los ciudadanos una gran desconfianza frente a la justicia formal del Estado, puesto que no lo consideran

como un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas entre los colombianos”.

Todas estas situaciones enfatizan la necesidad de los procesos de participación. Si bien, el ordenamiento jurídico ha hecho un gran esfuerzo por el establecimiento de mecanismos legales y procedimientos constitucionales que garanticen un adecuado y efectivo acceso a la justicia, esto no es suficiente cuando dichos mecanismos se desconocen o cuando las formalidades y los procedimientos priman sobre los derechos sustanciales, pese a que la naturaleza jurídica de dichos recursos y por principio constitucional, disponga de otra prevalencia<sup>9</sup>.

Ante todas estas dificultades en la etapa de reclamación, la educación jurídico ambiental y la participación juegan un doble papel: incorporar a los grupos o comunidad que han sufrido el daño directo y visibilizar a aquella que sin demostrar un vínculo inmediato, sí gozan de una titularidad, en razón del reconocimiento de derechos denominados por la Constitución Política como “colectivos”.

El papel de la participación repercute en las esferas sociales, políticas y estatales. Si el grado de participación es amplio, la respuesta de los entes estatales también lo es. Aquí se afirma con la expresión de Rodas (2001: 145):

Se observa con esperanza, que la mayor conciencia ciudadana frente al problema ambiental presiona a que las instancias políticas del Estado adopten las decisiones institucionales, que permiten superar la tradicional ausencia de la eficacia de las normas de protección ambiental.

Como lo manifiestan Felstiner, Abel y Sarat (2001: 46): “El hecho de tener en cuenta las etapas de reconocimiento, acusación y reclamación nos permite ver con ojos más críticos los recientes esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia”, se puede concluir que en la etapa de la reclamación constituye un logro para el acceso a la justicia. Sin embargo, en esta fase no se puede dar por terminado el conflicto, puesto que este acceso debe ligarse a su efectividad, esto es, a que la respuesta por parte de la administración de justicia sea eficaz y que esta logre una verdadera solución al conflicto ambiental.

Es así como la **respuesta**, no solo constituye la última etapa de la transformación del conflicto ante la administración de justicia, sino que además constituye un derecho. En palabras de Rodríguez y Muñoz (2009: 104) implica: “La obligación

---

<sup>9</sup> Constitución Política de 1991. Artículo 228. “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 4. “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial [...]”.

del Estado a respetar otros derechos tales como el derecho a ser escuchado, al debido proceso y a obtener una respuesta por parte de la Administración". Esta respuesta por parte de la administración de justicia, que en un principio puede entenderse solo como la decisión del juez frente al caso en concreto, depende de variables que surgen antes de la presentación de los diferentes mecanismos judiciales de protección a los derechos reclamados. Estas variables hacen relación a la forma en cómo la comunidad ejerció su derecho de participación y qué grado de conocimiento tenía respecto a esta.

Si no existe un adecuado conocimiento del conflicto, de los derechos vulnerados en él, de la parte causante de este, de los mecanismos procesales de la garantía de ellos y del papel de la administración de justicia, estas situaciones se verán visualizadas en el fallo del juez. Por el contrario, si existe un adecuado reconocimiento de estos elementos, lo más posible es que haya un reconocimiento de las pretensiones frente a unos hechos, que respaldadas por unas pruebas, generen un fallo justo. Sin embargo, esta información aunque notablemente incidente, no es absoluta, puesto que en la respuesta por parte de la administración de justicia, inciden múltiples variables. Entre ellas se puede considerar el formalismo jurídico, que sin desvirtuar su necesidad, en muchas ocasiones, puede entorpecer las verdaderas pretensiones que se intentan llegar al juez, pasando por encima de procedimientos complejos, que convierten el acceso a la justicia en un proceso inaccesible. Es preciso determinar que el papel del juez debe ser reconsiderado y asumido no solo desde la petición de parte, sino desde la finalidad de protección respecto al conflicto y respecto al medio ambiente, prevaleciendo dicha finalidad sobre cualquier formalidad. Al respecto Caferrata (2004: 109), establece:

Se pretende, decisivamente, modificar el perfil del juez [...] Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes y deberes, así con facultad para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Se regla que, de oficio, sin petición alguna de parte, en cualquier estado del proceso, disponga con carácter de medida preparatoria, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria. Por fin, el sacrosanto principio de congruencia tiene un giro fundamental cuando se autoriza al juez en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes.

No cabe duda de que la etapa de respuesta constituye una de las etapas del conflicto más complicadas debido a sus particularidades. Cada conflicto ambiental posee una naturaleza única y compleja, donde la finalidad de la sentencia, no debe perseguir el favorecimiento de intereses particulares, sino de derechos de toda una colectividad. En la mayoría de los casos, la comunidad no encuentra en la respuesta de la administración de justicia, un favorecimiento completo y general de las pretensiones y derechos invocados, puesto que el fallo del juez es denominado



como “justo” o “injusto”, como lo establece Uprimny (1994, citado por VALENCIA, ZULUAGA y PERALTA, 2006: 94):

En nuestro país, el ciudadano ordinario, cuando tiene que resolver un problema cotidiano, [...] rara vez encuentra justicia en la justicia. En efecto, rara vez el sistema judicial resuelve de manera satisfactoria estos conflictos, en apariencia pequeña, pero que afectan de manera profunda la convivencia pacífica. Los trámites judiciales en tales casos son interminables y llenos de ritualidades, muchas veces innecesarios.

Estas interpretaciones de justicia o injusticia de las partes, desvirtúa la esencia de la administración de justicia, puesto que los fallos y sentencias de los jueces, deben gozar esta presunción.

## PRINCIPALES RESULTADOS

1. La crisis ambiental no la constituye solo el impacto social y ambiental sobre los recursos o sobre la población. La crisis ambiental se encuentra compuesta por elementos intangibles como el desconocimiento. Cuando la comunidad no conoce sus derechos y no reconoce las instituciones del Estado que los garantiza, el conflicto no pasará de su origen y las consecuencias de este tendrán impactos sobre la comunidad sin que la administración de justicia los dirima y resuelva en derecho.
2. La educación ambiental comprendida desde la dimensión jurídica, aporta elementos a la comunidad no solo desde la información y creación de conciencia, sino que además la dotan de mecanismos e instrumentos jurídicos que la forman y le permiten aplicar estrategias de acción a través de la participación para la transformación del conflicto.
3. El conflicto se relaciona directamente con situaciones problemáticas, pero su definición e interpretación varía desde la perspectiva social y jurídica. Cuando la comunidad logra una reinterpretación del conflicto desde el significado jurídico, se rompe la brecha existente entre el acceso a la justicia y la comunidad. En la mayoría de los casos y por el formalismo jurídico, la comunidad no accede a la justicia, deslegitimando la esencia del aparato jurisdiccional.
4. La educación jurídica ambiental y los procesos participativos, no constituyen un capricho teórico ni legal. Las experiencias de casos exitosos en conflictos ambientales, tienen como protagonistas la educación y la participación, materializadas en la movilización de la población en la protesta ante la administración de justicia.

5. El acceso a la justicia no garantiza la solución del conflicto ambiental. La respuesta por parte de la administración de justicia, constituye la verdadera materialización de la eficacia de la norma y su aplicación y conocimiento en la sociedad. La respuesta refleja la interpretación de la comunidad desde el significado del conflicto, como una construcción jurídica, y la interpretación por parte de la administración de justicia del conflicto, como una construcción social, dándole un nuevo significado al conflicto ambiental: *construcción jurídico-social*.

## CONCLUSIONES

El conocimiento constituye un requisito intangible pero esencial para el acceso a la justicia y por ende, para la respuesta por parte de la administración. Dependiendo del grado de conocimiento, se logra plasmar la esencia de sus pretensiones, a tal punto que el desconocimiento del conflicto, puede ser tan grave como el conflicto mismo. La ignorancia de no saber cómo defenderse respecto a este, no permitirá una solución en derecho. Al respecto Wilchex (2006: 61) establece:

Muchas veces los actores que intervienen en un determinado proceso, concurren al mismo sin información adecuada en cantidad y calidad, lo cual le resta posibilidades a la participación en términos de su eficacia. Otras veces la carencia de información no solamente les impide a algunos actores conocer sus posibilidades de participar en un determinado proceso, sino la existencia del proceso mismo, del cual solamente se enteran cuando comienzan a padecer sus consecuencias de manera irreversible.

La transformación del conflicto ambiental como una construcción jurídico-social de acceso a la justicia y de solución en derecho, no la hacen las leyes por sí solas, ni los mecanismos dispuestos para ello. La eficacia de las normas y de los instrumentos jurídicos, la determinan el conocimiento y la respuesta por parte del conglomerado social, cuya principal herramienta es el conocimiento de dichas disposiciones y la puesta en acción de los procesos participativos. Desde estas iniciativas y a través de los instrumentos jurídicos, se ve reflejado cómo incide la educación jurídica ambiental y la participación, en la transformación del conflicto ambiental.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cadet, J. (2007). "La educación ambiental y la educación jurídica ambiental, consideraciones básicas para el trabajo comunitario". En: *Memorias del Primer Congreso Internacional Virtual "Innovación Educativa y Retos de la Docencia Jurídica en el Siglo XXI"*. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Universidad de Veracruz. México.

- Caferrata, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología (INE).
- Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 134 de 1994.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 489 de 1998.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1474 de 2011.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1549 de 2012.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 1994, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Constitución Política de Colombia. (2004). Bogotá: Leyer.
- Colombia, Código de Procedimiento Civil. (2003). Bogotá: Leyer
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2811 de 1974.
- Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Johannesburgo 2002.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). En: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Díaz, A. (2008). *La educación jurídica ambiental en la educación ambiental para el MIZC*. En: [www.eumed.net/libros/2008c/462/](http://www.eumed.net/libros/2008c/462/)
- Díez, C. (2011). *Interpretación de las decisiones judiciales en la jurisdicción administrativa caldense en relación con los fallos de acciones populares medio ambientales (2008-2011)*. Tesis de Maestría. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Manizales. Manizales, Colombia.
- Felstiner, W., Abel, R. y Sarat, A. (2001). "Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación. En: García Villegas, Mauricio (ed.). *Sociología Jurídica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- George, Alexander L; Andrew Bennett (2005). *Case studies and theory development in the social sciences*. MIT Press, Cambridge, MA.
- Hurtado de Barrera, Jacqueline. (2010). *Metodología de la investigación: guía para la comprensión holística de la ciencia*. Cuarta edición. Quirón Ediciones, Colombia.
- Leff, E. (2004). "Educación ambiental: Perspectivas desde el conocimiento, la ciencia, la ética, la cultura, la sustentabilidad". Disponible en: *Revista Ideas Ambientales*. PNUMA-ORPALC. Edición número 1. Manizales. Disponible en [www.manizales.unal.edu.co/modules/unrev\\_ideasamb/](http://www.manizales.unal.edu.co/modules/unrev_ideasamb/). Consultado Mayo de 2008.
- Moliner, M. (1998). *Diccionario de uso del español*. Madrid: Gredos.
- Palau, A. (2003). *Educación Ambiental: La Óptica Legal*. Pasto: Talleres de expresiones litográficas.
- Pacheco García, Diana Marcela y Bernal García, Manuel José. (2003). *Metodología de la investigación jurídica y socio-jurídica*. Oficina de publicaciones UniBoyacá. Tunja
- Rodas, J. C. (2001). "La conciliación y los conflictos ambientales". En: *La justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, G. A. y Muñoz, L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Valencia, J. G. (2006). "Educación legal y participación de la comunidad en asuntos ambientales". *Luna Azul*, No. 13. Manizales: Universidad de Caldas. En: [http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=com\\_content&task=view&id=169&Itemid=169](http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=169&Itemid=169)
- Valencia, J. G., Zuluaga, B. y Peralta, B. (2006). "El acceso a la justicia en el Departamento de Caldas". *Jurídicas*, No. 1, Vol. 3. Manizales: Centro de Publicaciones Universidad de Caldas.
- Wilches, G. (2006). *Brújula, bastón y lámpara para trasegar los caminos de la educación*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Duque Quintero, Sandra Patricia, Quintero Quintero, Marta Lucía y Duque Quintero, Mónica. (2013). "Participación de las comunidades en materia ambiental como estrategia para la conservación de la biodiversidad: el caso de los pescadores en la ciénaga de Ayapel (Córdoba)". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. xx. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 22 de mayo de 2012

Aprobado el 8 de julio de 2013

## RESUMEN

El dilema entre la explotación indiscriminada de los recursos y la conservación del planeta, ha generado un llamado de alerta al saber jurídico ambiental para que regule las implicaciones entre el ambiente y las culturas y solucione los impactos ambientales negativos que ocasionan los procesos de explotación, producción y consumo. Sin embargo, la sola expedición de instrumentos normativos no basta para remediar esta problemática, se hace ineludible que las comunidades participen en procesos de toma de conciencia y generen las acciones de gestión que deben iniciarse en los ecosistemas. Esta investigación problematiza y pretende analizar en qué medida la comunidad de pescadores de la Ciénaga de Ayapel (Córdoba), depositaria de saberes tradicionales y de una relación indisoluble y armónica con su entorno natural, puede configurarse en un nuevo sujeto social y político que puede exigir sus derechos a preservar su patrimonio cultural y su biodiversidad. Se concluye en este estudio, que ejercer los mecanismos de participación política, administrativa y judicial en materia ambiental, es imprescindible para iniciar acciones desde las comunidades, que posibiliten guardar el equilibrio con la biodiversidad.

## PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES EN MATERIA AMBIENTAL COMO ESTRATEGIA PARA LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD: EL CASO DE LOS PESCADORES EN LA CIÉNAGA DE AYAPEL (CÓRDOBA)\*

SANDRA PATRICIA DUQUE QUINTERO\*\*

MARTA LUCÍA QUINTERO QUINTERO\*\*\*

MÓNICA DUQUE QUINTERO\*\*\*\*

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

**PALABRAS CLAVE:** Mecanismos de participación, estrategia, comunidades, conservación, biodiversidad.

\* Artículo de investigación producto del proyecto: "Caracterización normativa y bases para una política de explotación y gestión adecuadas del ecosistema de ciénagas y sus recursos hidrobiológicos – Caso piloto Ciénaga de Ayapel – Colombia", inscrito ante el Centro de Investigaciones jurídicas –CIJ– de la Universidad de Antioquia.

\*\* Abogada, Especialista en Gestión Ambiental, Magíster en Derecho, Doctora en Educación. Profesora-investigadora, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, categoría D, Colciencias. Correo electrónico: sandra.duque12@gmail.com

\*\*\* Licenciada Geografía-Historia, Magíster en Sociología de la Educación, Doctora en Educación. Profesora-investigadora, Facultad de Educación, Universidad de Antioquia. Grupo de Investigación DIDES, categoría A1, Colciencias. Correo electrónico: martaluquintero@gmail.com

\*\*\*\* Zootecnista, Especialista en Producción Animal, Magíster en Nutrición Animal, Doctoranda en Ciencias Animales. Profesora-investigadora, Facultad de Ciencias Agrarias, Universidad de Antioquia. Grupos de Investigación GRICA y BIOGÉNESIS, Categoría A1, Colciencias. Correo electrónico: monicadu82@gmail.com

## PARTICIPATION IN ENVIRONMENTAL COMMUNITIES AS A STRATEGY FOR THE CONSERVATION OF BIODIVERSITY: THE CASE OF THE AYAPEL (CORDOBA) SWAMP FISHERMEN

### ABSTRACT

The dilemma between indiscriminate exploitation of resources and conservation of the planet has caused a call of attention to the legal environmental knowledge in order to regulate the implications between environment and cultures and solve the negative environmental impacts caused by exploitation processes, production and consumption. However, the simple issuance of policy instruments is not enough to solve this problem. It is necessary to involve the community in the building awareness process so that they generate management actions which must be initiated in the ecosystems. This study questions and pretends to analyze the extent to which the fishermen community in Ayapel (Córdoba), which is the custodian of traditional knowledge and of an indissoluble, harmonious relationship with their environment, can organize into a new social and political subject that is able to demand their rights to preserve their cultural heritage and their biodiversity. The conclusion in this study is that, exercising the political, administrative and judicial mechanisms, when it comes to environmental issues,, is imperative that communities take actions that enable keeping the balance with biodiversity.

**KEY WORDS:** Mechanisms of participation, strategy, community, conservation, biodiversity.

## INTRODUCCIÓN

La disyuntiva entre la explotación indiscriminada de los recursos y las generaciones futuras, ha convocado al saber jurídico ambiental para que recurra a la legislación y regule las implicaciones entre ambiente-culturas y solucione los impactos ambientales negativos que ocasionan los procesos de explotación, producción y consumo de los recursos naturales. En efecto, el patrón industrial de los países desarrollados que se organizó sobre la base de la utilización y sobreexplotación de los recursos generó la pérdida de biodiversidad. De manera tal que con intereses de protección, se impone la idea de una legislación ambiental que promueva la conservación de los recursos y el desarrollo sostenible.

Así, en el año 1972 se promulga la Declaración de Estocolmo, primer instrumento que trató el tema de la conciliación entre el desarrollo y calidad de vida de las poblaciones y la conservación del medio ambiente. En Colombia se crea el hoy desaparecido Instituto Nacional de Recursos Naturales (INDERENA) y se promulga en el año 1974 el Código de Recursos Naturales Renovables, respondiendo a la tendencia internacional de preocupación por el medio ambiente. Sin embargo, señala Morcillo (1994: 9) que la evolución de la legislación colombiana sobre el manejo de los recursos naturales ha seguido la misma trayectoria de las corrientes de pensamiento que en la materia se han manifestado en el mundo, pero no ha sido una evolución que ha ocurrido acorde a los cambios sociales, económicos, políticos y científicos que han ocurrido en la posición del hombre y de la sociedad frente al aprovechamiento y conservación de la naturaleza y del hábitat que ha construido.

En este mismo sentido, poco se ha avanzado en el estudio y comprensión sobre el manejo de la naturaleza por parte de las comunidades rurales y la manera como este conocimiento les permite una integración con el medio natural. Se ha hecho énfasis en el estudio de plantas, suelos, climas, entre otros, en su clasificación y usos, olvidando una integración holística. Señala Calle (1999: 52) que para comprender la dimensión del conocimiento de las comunidades y su relación con el medio, se debe partir del análisis de su sistema de supervivencia, donde predominan valores de uso como: si se consume todo lo que se produce, o si se produce lo que se consume. Así, esta economía depende de intercambios con la naturaleza. Las comunidades están obligadas a adoptar un sin fin de mecanismos de supervivencia que les garantice un flujo ininterrumpido de bienes y servicios para su alimentación, salud y vivienda. Su subsistencia se basa en la biodiversidad.

No obstante, cuando con las estrategias de conservación de zonas naturales entran en conflicto intereses económicos vs. intereses biológicos, la legislación protege lo “biológico”, o sea, lo referido a las especies vegetales y animales a través de medidas de protección centradas en la conservación, lo que implica en casos como los de la Ciénaga de Ayapel, limitar la actividad de los pescadores que realizan pesca de

subsistencia. Esta situación requiere ser estudiada con detenimiento enfatizando en la necesidad de una intervención activa de la comunidad de pescadores en las políticas de participación de su región, ya que son las comunidades la fuente más precisa de detección de necesidades relevantes y de priorización de las mismas, son quienes más conocimiento tienen sobre el déficit de recursos y la urgencia relativa del mismo y, en consecuencia, son los llamados a realizar aportes decisivos a la política ambiental en asuntos que incidan en su entorno y calidad de vida.

De esta manera, se analiza en esta investigación cómo la sola expedición de instrumentos normativos no basta para solucionar el deterioro ambiental y la perturbación de los ecosistemas. Se propone que es necesario que las comunidades participen en procesos de toma de conciencia y de acciones a ejecutar, ya que pueden cumplir un rol como agentes fortalecedores de procesos transformadores, en los cuales pueden precisar la problemática ambiental. Esto es, sus causas, riesgos y soluciones, posibilitando unos lineamientos estratégicos en la política ambiental más acordes a las realidades de las comunidades.

## METODOLOGÍA

La investigación desarrollada fue socio-jurídica, con un enfoque cualitativo, el cual permitió interpretar la realidad de los pescadores que subsisten de la pesca en la Ciénaga de Ayapel. El diseño metodológico que se utilizó en la investigación fue el interaccionismo simbólico, que posibilitó explicar la situación de participación de la comunidad de pescadores y su relación con la conservación del recurso pesquero. Es importante anotar que el interaccionismo simbólico permitió desarrollar y justificar la observación de los datos y los hechos, para extraer de ellos sus significados y significantes, los cuales permitieron evidenciar la importancia de la participación de las comunidades, ya que son ellas, desde sus propias necesidades, quienes pueden proponer soluciones más pertinentes a sus problemáticas.

Como técnicas para la recolección de la información se utilizó la observación directa en la Ciénaga y la conversación con 20 pescadores de la zona. La conversación se consideró relevante para la investigación en la medida en que se asume como una forma de relacionarse con el otro y no un simple instrumento para intercambiar información. Dice Gadamer (1993: 232): "Allí donde se logra realmente una conversación, los interlocutores ya no son exactamente los mismos cuando se separan. Están más cerca el uno del otro". En este sentido, conversar es abrirse a la alteridad del "tú" que nos sale al encuentro y querer aprender de su experiencia, se considera que solo al escuchar al otro se abre el verdadero camino para vivir la solidaridad. Esto significa respetar al otro, cuidarlo, atenderlo y, por así decirlo, darse unos a otros nuevos oídos (GONZÁLEZ, 2011: 127). En las relaciones con los demás y especialmente cuando se trabaja con comunidades, se

debe acoger, escuchar lo que el otro realmente quiere decir, y buscar y encontrar el suelo común, más allá de su respuesta. Es necesario liberar las posibilidades creadoras y alcanzar el entendimiento que encierra el lenguaje, que solo se puede lograr con el intercambio vivo de ideas (DUQUE, 2012: 85), y esto fue lo que se pretendió alcanzar con la comunidad de pescadores en la Ciénaga de Ayapel (Córdoba).

## RESULTADOS

### **Reflexión sobre la importancia de una intervención activa de las comunidades en materia ambiental**

Históricamente las primeras preocupaciones y el interés por promover la participación de la comunidad de forma sistemática, surgieron dentro de la propuesta de trabajo denominada “organización de la comunidad” que tuvo su origen en Estados Unidos en la década del 20. Dentro de esta corriente se definieron por primera vez los principios que debían regir esta modalidad de intervención social, otorgando una gran importancia al protagonismo de las personas afectadas. Es así como desde la década del 50 del siglo XX la importancia otorgada a la participación comunitaria en los procesos de desarrollo social se incrementó, surgiendo propuestas de desarrollo social para los países del Tercer Mundo, centradas en la acción de tipo comunitario y en la participación activa de las personas como estrategias de abordaje de los problemas del subdesarrollo. Esta línea de acción, consolidada intencionalmente como “movimiento de desarrollo de la comunidad” e impulsada por las Naciones Unidas hasta finales de los años 70, orienta su atención sobre la necesidad de formular estrategias de intervención social sobre la base de la participación de la comunidad en los procesos de desarrollo que se estipulen y promuevan (RODRÍGUEZ, 1994: 32).

En América Latina los programas de desarrollo comunitario se llevan a cabo desde la década de los 50, y desde las primeras experiencias revelan una confluencia tanto del enfoque de la “organización de la comunidad” como del “desarrollo comunitario”. Lo primero se produce como consecuencia de la presencia de expertos norteamericanos en la realización de los primeros programas, y lo segundo se deriva de la naturaleza de los problemas que se confrontan. Posteriormente, en los años 60, aparecen las primeras versiones latinoamericanas de desarrollo de la comunidad, que enfatizan en la participación de la gente en el autodesarrollo y la necesidad de movilizar recursos humanos comunitarios para el desarrollo. La idea de la participación surge asociada a la necesidad de mejorar zonas en países subdesarrollados (RODRÍGUEZ, 1994: 33).

El esquema tradicional de un Estado omnipotente y un ciudadano que todo lo acepta, característica de la democracia formal, ha sido superado por un nuevo esquema



de relaciones Estado-ciudadano en torno al cual se dinamiza una democracia participativa. Hoy en día los habitantes pueden ser partícipes en la gestión de lo público, para así buscar respuestas efectivas a cada una de sus necesidades y demandas. El Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia señala que un derecho de los ciudadanos es participar en las decisiones que afecten el medio ambiente, por lo cual, el desarrollo económico y social debe ser compatible con la preservación, protección y recuperación de los recursos naturales. Ahora bien, la participación si bien no es gestora *per se* de los procesos de cambio social, cumple un rol importante, ya que desde las necesidades y problemáticas ambientales de cada comunidad, es plausible definir estrategias que puedan dar solución a las mismas.

Lo ambiental adquiere preponderancia como ámbito estratégico de la acción colectiva, en tanto se configura como medio de vida donde se expresan las acciones humanas y se enuncian valoraciones de orden político, cultural, económico, social y ético que definen las condiciones de vida de las poblaciones, y su derecho a acceder a bienes y servicios, a participar en las decisiones del desarrollo y a manifestar sus condiciones culturales cuya concreción en lo territorial, dimensiona la íntima articulación entre ambiente-territorio-comunidad (GÓMEZ, 1993: 171).

La participación de los actores que interactúan directamente con el ambiente, se hace prioritaria con el fin de lograr cierta calidad ambiental. Es imprescindible que la sociedad se movilice para exigir aquello que le corresponde, instaurando en el sistema democrático una verdadera democracia participativa; la solución a los problemas ambientales no es competencia única de los órganos del Estado, ni de las instituciones sociales, como la escuela, implica la generación de una participación amplia de las comunidades, sin desconocer las relaciones de poder y sus formas de producción (LEFF, 1994).

Si la participación comunitaria busca que los individuos integrantes de la misma sean sujetos sociales, que adquieran mayor capacidad para cambiar el medio en el que viven y posean un mayor control sobre los órganos políticos, económicos y administrativos (ALBERICH, 1999: 118), entonces es importante anotar que participación y democracia forman un tándem de conceptos sinónimos y complementarios. Por tanto, la participación comunitaria se convierte en un buen indicador de la temperatura democrática de una sociedad, ya que el objetivo principal de la participación no es otro que dar contenido y ampliar el camino de la democracia participativa frente a la democracia formal, aquella que solo entiende la participación a través del ejercicio de la libertad de expresión y el voto cada cuatro años. La participación comunitaria es el instrumento mediante el cual las personas se convierten en sujetos sociales con capacidad para transformar su entorno y controlar los asuntos políticos, económicos y administrativos que les afectan (BLANCO, 2002: 58).

La participación de las comunidades garantiza la sostenibilidad de los ecosistemas en las localidades, sin embargo, es vital que junto a los canales de participación, las comunidades tengan capacidad y posibilidades reales de hacerlo (TEJERINA, 1998: 352). Así las cosas, cuando nos referimos a la participación comunitaria como el proceso a través del cual se comunican los intereses y preferencias a las autoridades públicas con la intención de influir sobre las decisiones que estas puedan adoptar, implica tener en cuenta todas aquellas actividades ejercidas por los miembros de las comunidades, por lo que es importante describir los mecanismos de participación que confiere el ordenamiento jurídico colombiano y vislumbrar el conocimiento o no de los mismos por parte de la comunidad de pescadores de la Ciénaga de Ayapel.

### **Definición de los mecanismos jurídicos de participación en materia ambiental en Colombia**

En Colombia con relación a la temática ambiental, en la Ley 23 de 1973, se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, y su Artículo 2° dispone que “el medio ambiente es un patrimonio común, por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares”.

Con la promulgación del Decreto 2811 de 1974 en ejercicio de las facultades concedidas por la Ley 23 de 1973, el Gobierno Nacional retoma en el Código de Recursos Naturales el principio conforme al cual, el Estado y los particulares deben participar en la preservación y manejo del ambiente, por cuanto es un patrimonio común (Art. 1°); y considera como uno de los objetos del Código:

[...] lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional. (Art. 2°-1)

En este sentido, la Carta Política de 1991, consagra que “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano” y que “la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” (Art. 79 ); al mismo tiempo que asigna, tanto al Estado como a los particulares, la obligación de “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (Art. 8) y de manera específica contempla que es un deber de las personas y de los ciudadanos “proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano” (Art. 95-8).

La Ley 99 de 1993, que organiza el Sistema Nacional Ambiental, en su Artículo 1, numeral 10°, desarrolla la noción de participación, al incluir como uno de los principios generales ambientales que “la acción para la protección y recuperación ambiental del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado y la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado”.

Es importante anotar que en el ordenamiento colombiano, la participación puede ser fundamentalmente política, administrativa y jurisdiccional.

La participación política tiene como objetivo que el Estado tome la decisión expresada por la mayoría de los ciudadanos a través del sufragio, o cambie de estrategias dependiendo del papel que realice la sociedad en la vigilancia de la acción o ejercicio del poder. Es el caso del referéndum, la revocatoria del mandato, la consulta popular o la elección de diferentes cargos que se surten mediante la elección popular.

La participación administrativa permite al ciudadano: 1) Ser parte de los órganos de la administración en cuyo caso la participación se produce dentro de la acción administrativa, como es el caso de los comités de localidades, que le da a los ciudadanos la posibilidad de ser miembros de estos e influir en la decisión. 2) Intervenir en los procesos que lleva la administración para tomar una decisión por fuera de la acción administrativa, en este caso, el ciudadano se involucra con su opinión en el proceso decisorio, pero en ningún momento para desplazar a la administración en la toma de la decisión, sino para influir en esta. Tenemos como ejemplo de la primera, la participación en el Consejo Directivo de las CAR, en el Consejo Nacional Ambiental o en el Consejo Técnico Asesor de Política Ambiental; y de la segunda, la participación en audiencias públicas administrativas sobre decisiones ambientales en trámite, consultas previas a comunidades indígenas y afrocolombianas o de petición de información.

Y por último, la participación jurisdiccional donde el ciudadano o la comunidad acuden ante el juez con el fin de proteger la guarda de la Constitución, el principio de legalidad y los derechos individuales y colectivos en materia ambiental. Esto ha conducido a introducir diversos mecanismos como la acción de tutela, las acciones populares, acciones de grupo y acción de cumplimiento; capaces de hacer efectivo este propósito “los ciudadanos acuden ante los jueces haciendo uso de los mecanismos procesales de protección de la legalidad y de sus derechos” (MACÍAS, 1998: 46).

Para ilustrar los mecanismos de participación más representativos, se elaboró el siguiente Cuadro:

**Cuadro 1.** Mecanismos de participación en materia ambiental

MECANISMO	OBJETIVO	PRETENSIONES DE LA ACCIÓN	NORMATIVIDAD
<b>Veeduría ciudadana o juntas de vigilancia</b>	Controlar y vigilar la gestión pública y sus resultados. La vigilancia puede ejercerse en todos los ámbitos y niveles de gestión en donde se utilicen recursos públicos.	Hacer seguimiento y control a la gestión pública.	Constitución Política (C.P.), Arts. 103, 270 y 369. Ley 134/94, Arts. 99, 100.
<b>Cabildo abierto</b>	Reunión pública del Concejo Municipal o Distrital, o de la Junta Administradora Local con el objetivo de posibilitar la participación de la comunidad en la discusión de asuntos de su interés.	En materia ambiental se refiere a la posibilidad de obtener respuesta, de los Concejos Municipales y Juntas Administradoras Locales sobre aspectos de ordenamiento territorial y regulaciones del uso del territorio.	C.P., Art. 103. Ley 134/94, Arts. 9, 81 a 88.
<b>Audiencia pública ambiental</b>	Participar en la toma de decisiones sobre licencias ambientales.	Información sobre aspectos ambientales que sirven a la autoridad para la toma de decisiones en torno a permisos o licencias ambientales.	Ley 99/93, Art. 72.
<b>Consulta previa a comunidades indígenas y negras</b>	Proteger la identidad étnica y cultural de las comunidades afrocolombianas e indígenas.	Propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades afro e indígenas en asuntos que tengan que ver con la explotación de los recursos naturales en sus territorios, con el fin de que se hagan sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades.	C.P., Arts. 7, 63, 330. Ley 21/91. Ley 99/93, Art. 76. Ley 70/93. Decreto 1397/96.
<b>Consulta previa</b>	Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. Puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.	Decisión del pueblo en torno a un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, que es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración. En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.	C.P., Arts. 40 num. 2, 103, 104, 105. Ley 134/94, Arts. 3, 4, 5, 8, 50 a 62.

MECANISMO	OBJETIVO	PRETENSIONES DE LA ACCIÓN	NORMATIVIDAD
<b>Derecho de petición de información</b>	Presentar solicitudes respetuosas a las autoridades públicas.	Proteger el derecho de toda persona natural o jurídica a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana. Además del derecho a ser informada sobre el monto y utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente.	C.P., Art. 88. C.C.A., Arts. 17 a 26. Ley 99/93, Arts. 69, 74. Ley 23/73, Art. 16.
<b>Acción de tutela</b>	La salvaguarda de derechos fundamentales, como la salud, vida e integridad de las personas.	Defender el medio ambiente por conexidad o para evitar un perjuicio irremediable.	C.P., Art. 86. Decreto 2591/91. Decreto 306/92.
<b>Acción popular</b>	Defender los derechos colectivos como por ejemplo el derecho a gozar de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, entre otros señalados en la ley.	Solicitar el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, el resarcimiento de perjuicios y la recompensa para el actor popular.	C.P., Art. 86. Código Civil, Arts. 1005, 2359. Ley 9/89, Art. 8. Decreto 2400/89, Arts. 118 a 135. Ley 99/93, Art. 75. Ley 472/98.
<b>Acción de grupo</b>	Defender los derechos colectivos.	Permite a un número plural de personas acudir ante la justicia para reclamar la reparación de un daño ocasionado a un derecho o interés colectivo. La acción debe presentarse con al menos 20 integrantes y su identidad la determina el daño.	C.P., Art. 88. Ley 472/98.

MECANISMO	OBJETIVO	PRETENSIONES DE LA ACCIÓN	NORMATIVIDAD
<b>Acción de cumplimiento</b>	Buscar el cumplimiento de leyes y actos administrativos.	Procurar el cumplimiento de las leyes o actos administrativos ambientales.	C.P., Art. 87. Ley 99/93, Arts. 77 a 82.
<b>Acción de nulidad</b>	Tutelar el orden jurídico.	Dejar sin efectos jurídicos un acto administrativo contrario a la protección del medio ambiente.	C.P., Art. 40. C.C.C., Arts. 84 y 85. Ley 99/93, Art. 73.

*Fuente:* Elaboración propia.

Como puede observarse, existe una amplia gama de instrumentos jurídicos que permiten la participación ciudadana, sin embargo, el Estado y las comunidades deben pasar de un proceso de intervención y organización comunitaria meramente convalidantes de programas y proyectos, a propósitos estructurales de consolidación de verdaderas acciones participativas.

Así las cosas, luego de describir sucintamente los mecanismos de participación, se indaga por el conocimiento o desconociendo de los pescadores de la Ciénaga de Ayapel acerca de estos mecanismos, trabajo de campo que fue de suma importancia ya que se consideró que dependiendo de la forma como esta comunidad se apropie, organice y participe, podrá gestar soluciones a las problemáticas relacionadas con los recursos de la Ciénaga, específicamente al recurso pesca, que está asegurando su subsistencia.

### **Definición de la participación en materia ambiental como estrategia para la conservación en la Ciénaga de Ayapel<sup>1</sup>**

Ayapel es la población más antigua del departamento de Córdoba. Este municipio hace parte de la subregión San Jorge, ubicado en la parte más oriental del departamento. Es el séptimo municipio con mayor población del departamento, la mayoría localizada en el área rural. La economía del municipio se basa en la agricultura, la ganadería y la pesca, pero es esta última actividad la más importante para los habitantes de la población. La Ciénaga de Ayapel ha estado unida a la vida y a la cultura de los pobladores y no solo ha significado un medio de sustento y de riqueza sino que también ha sido su principal vía de comunicación, comercialización y lugar de asentamiento, contando con una riqueza ecológica, económica, cultural y social para la región.

En la actualidad los recursos hidrobiológicos en la Ciénaga son cada vez más escasos, sin embargo, las comunidades de pescadores tienen la necesidad de recurrir a la pesca como el único medio de subsistencia, lo que esboza una encrucijada. La sobreexplotación está generando escasez de los recursos, pero los pescadores

<sup>1</sup> La descripción que se presenta a continuación, es el fruto de la relación y observación directa de las investigadoras con la comunidad de pescadores de la Ciénaga de Ayapel.

requieren sobreexplotarlos como su principal medio de sustento. A continuación, se plantean las siguientes tensiones que reflejan la compleja problemática ambiental en la zona:

**a)** La disminución del capital natural de las poblaciones de peces y pérdida de criaderos vs. técnicas empleadas en las prácticas de extracción del recurso: Es común la utilización de trasmallos, con ojo reducido y línea de 100 anzuelos, que permiten capturar indistintamente peces pequeños y grandes sin control alguno. Los pescadores de la zona admiten que conocen la normatividad existente sobre métodos de pesca y tallaje, pero las mismas no se pueden cumplir frente a sus necesidades de subsistencia. Además de los implementos utilizados para la pesca, se cuenta con la disminución de especies como el coroncoro o cartucho, la mojarra amarilla y el barbudo, debido a la introducción de nuevas variedades como el bocachico y la tilapia negra, que se depositaron en la Ciénaga a modo de cultivo y que provocó que especies que no existían en el medio resultaran depredadoras de las especies nativas, ya que las especies foráneas se refugiaron en las zonas de reproducción de las nativas comiéndose sus huevos, impidiendo de esta forma la reproducción y propiciando la extinción de las especies originarias.

**b)** La desecación de la ciénaga para el aprovechamiento de las tierras en actividades agropecuarias, y la ganancia de terrenos para actividades recreativas de algunos propietarios vs. actividad pesquera: Existe un conflicto con los terratenientes de la zona que prohíben pescar en los límites de sus propiedades, levantando terraplenes que se utilizan para secar la Ciénaga y ampliar las propiedades, con esta acción dan una utilidad diferente a los terrenos, que consiste en la siembra de pastos para el ganado. Esta situación incide directamente en la reducción de las aguas de la Ciénaga, en la disminución de la cantidad de peces y en la destrucción del mangle, que es un elemento fundamental para la conservación de las especies biológicas de la Ciénaga.

**c)** La contaminación de la Ciénaga vs. población de peces: En este sentido como agentes contaminantes se tienen las gasolineras situadas al lado de la Ciénaga, las aguas negras y la contaminación con mercurio por minería desarrollada en los ríos afluentes. Estos factores causan perturbaciones en las comunidades acuáticas y en las cadenas tróficas dependientes de estas. Además, se produce la destrucción de hábitats que sirven para el desove y anidación de peces y otras especies. La sobreexplotación del recurso pesca ocurre por el acceso abierto y público al recurso, ya que además de los pescadores tradicionales de la zona se vienen incrementando los pescadores foráneos, quienes son principalmente familias desplazadas de la región.

Las anteriores tensiones se presentan asociadas a un bajo impacto institucional, pocas herramientas eficaces en el control de actividades, o ineficaces acciones

de cooperación para la gestión en términos de la sostenibilidad y preservación de los recursos de la Ciénaga a través del tiempo. Hay un escaso reconocimiento de las instituciones como cooperadoras, ya que su papel se percibe como de control. Se evidencia que la gestión ambiental en la Ciénaga de Ayapel tiene múltiples dificultades, que se expresan en una baja inversión en saneamiento básico, protección y conservación de los recursos naturales; debilidad en los entes públicos y de las organizaciones comunitarias para exigir el cumplimiento de las leyes y las políticas ambientales y pocas oportunidades de empleo y de otras actividades económicas además de la pesca, para los habitantes de la región.

En este sentido y de acuerdo con la crisis ambiental descrita anteriormente, se consideró que un pilar fundamental a potenciar para la solución a dichas problemáticas, era la utilización efectiva de los diferentes mecanismos de participación por parte de la comunidad de pescadores, sin embargo, se pudo evidenciar cómo estos mecanismos son una alternativa poco usada y desconocida por ellos, al respecto señala un pescador:

[...] Nosotros no conocemos ninguno de los mecanismos de participación que usted dice, yo creo que gracias a Dios, primero que todo nosotros no es que hayamos pensado siquiera ninguna organización pero a partir de hoy es bueno tratar de organizarnos, estamos viendo que las cosas se están dando porque aquí prácticamente jamás nos habían visitado para hablarnos de algo tan importante para nosotros [...].

De las conversaciones realizadas con un grupo de 20 pescadores, se plantean algunos aspectos difíciles que se viven en la zona y que fundamentan la necesidad de una real participación de las comunidades en la solución a sus problemáticas, entre ellas tenemos:

- Los pescadores ven que tienen poca o ninguna voz en su propio desarrollo. Por esto tienen un sentido de indiferencia y una actitud de espera de soluciones a sus problemas por parte de las entidades públicas. Estas situaciones se evidencian por ejemplo en la fuerte crítica que tiene la comunidad de pescadores de la Ciénaga a la administración municipal, a la autoridad ambiental –CVS– y a la fuerza pública sobre la gestión para la conservación de sus recursos. La comunidad presenta desconfianza para con las instituciones, y las consideran controladoras y policivas, más que acompañantes de procesos de desarrollo coherentes con sus necesidades específicas.
- Malestar y resentimiento cuando las políticas de conservación de la Ciénaga son impuestas. Esto ocurre en el caso del repoblamiento con tilapias que se realizó en la Ciénaga, decomisos, épocas de veda y limitación de nuevas alternativas para su desarrollo y subsistencia.



- Dificultad para asegurar que las prioridades reales sean formuladas apropiadamente por las personas que los representan, ya que como lo expresa la comunidad, la politiquería ofrece un discurso de promesas muy amplias de participación para ganar apoyos electorales. Luego la realidad desborda lo prometido. Incluso sistemáticamente en los intentos manipulatorios se trata de relegar a los líderes de la comunidad. Expresa un pescador:

[...] Son muy poquitos los alcaldes que le meten la mano a los corregimientos y si se la meten es porque estamos cerca de elecciones y el resto del año se la pasan que mañana, pasado, que ya te atiendo y así tres años de mandato y nada. En Ayapel hay mucha corrupción y la administración no hace nada para solucionar nuestra situación [...].

- El riesgo de ahondar diferencias y conflictos entre pescadores y dueños de fincas aledañas a la Ciénaga, con prioridades e intereses muy diferentes, ya que para los finqueros prima el interés de ampliar sus tierras, para esto realizan acciones como la construcción de terraplenes que producen el desecamiento y “privatización” de la Ciénaga, situación que para los pescadores es ilógica, ya que para ellos prima la idea de la Ciénaga como patrimonio y medio de subsistencia. Sostienen los pescadores que ante esta situación, las autoridades municipales hacen caso omiso a sus reclamaciones, generando entre ellos un malestar generalizado e impotencia. Opinan unos pescadores que:

[...] La Ciénaga ha cambiado mucho, antes había más población de pescado, pero entraron los señores ricos de aquí y acabaron con la Ciénaga, arrancaron los manglares, secaron la Ciénaga y nos dejaron sin con qué vivir. Hemos manifestado esto a las autoridades pero no hacen nada, a uno le da miedo, porque es gente muy poderosa [...].

[...] Antes además de la pesca había donde sembrar la yuca, el maíz, lo que fuera, hoy en día no porque esto lo han acabado los ricos, toda la tierra la tienen ellos y nos han prohibido pescar [...] uno encuentra terraplenes que divide la Ciénaga por la mitad. Por ejemplo el dueño dé una amenaza, pero así nos amenace nosotros vamos a pescar [...].

[...] No nos dejan llevar el trasmallo allí mismo en el caño, el pescado baja por todo este y entraba cuando se le daba la gana a la Ciénaga, tenía libre acceso, cuando no había terraplenes. ¿Un señor qué hizo? Dividió la Ciénaga porque hay un monopolio.

Aquí en Ayapel, esos que trabajaban en la CVS, esos le dieron permiso para que siguiera haciendo terraplenes, que tapan humedales en los que nosotros diariamente hemos pescado en esa Ciénaga. La dividió para que la tierra de la Ciénaga quedara de su propiedad. Entonces, nosotros quisimos impedir esto con el señor este de Ayapel

y la máquina duro parada unos días y después continuó haciendo el terraplén; porque nosotros como pescadores no tenemos nadie que nos ampare, que nos escuche [...].

[...]... Por aquí vino la CVS y nos sembró peces en la Ciénaga, pero qué paso, estos se comieron lo que había en la Ciénaga, además vea lo que pasó con el alcalde, era un pescador como nosotros y sin embargo no ha hecho nada por el pueblo [...].

Así las cosas, se evidencia que a pesar de los diferentes mecanismos de participación consagrados en la ley, la comunidad de pescadores, la administración y las autoridades ambientales en la zona, no tienen claros sus respectivos roles y responsabilidades en el desarrollo de una adecuada gestión de los recursos de la Ciénaga. Además, la escasez de propuestas para promover la educación, la formulación de objetivos a corto plazo que mejoren la calidad de vida y la resistencia de los funcionarios a conocer el espacio e involucrar las comunidades, son aspectos que contribuyen a la poca participación de la comunidad de pescadores de la Ciénaga de Ayapel en el desarrollo económico y ambiental de la región.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Identificar las diferentes formas de participación comunitaria y su viabilidad para la solución de la problemática que viven los pescadores de la Ciénaga de Ayapel, se convierte en un elemento clave para reorganizar las relaciones entre la comunidad y los recursos naturales, a partir de los cuales derivan su subsistencia. El ideal de resurgimiento del rol de las comunidades locales en la toma de decisiones, permitirá una etapa más dinámica en el encuentro de los actores y la formación de nuevas institucionalidades e instrumentos para la gestión ambiental y desarrollo de los recursos hidrobiológicos.

Es importante anotar que la participación en la gestión ambiental de la Ciénaga de Ayapel, no concierne solo a los órganos administrativos; la participación comunitaria se hace necesaria para lograr una mejor calidad de vida y mejores condiciones ambientales. Por ello, es imprescindible que la comunidad de pescadores de la Ciénaga, se movilice para exigir aquello que pueda mejorar sus condiciones de vida, es decir, el bienestar individual y de grupo determinado por la satisfacción de sus necesidades básicas insatisfechas, esto es, salud, alimentación, educación, saneamiento básico, entre otras.

Ahora bien, el bienestar individual y grupal al que se alude requiere de la misma comunidad de pescadores, quienes deben priorizar y mostrar cuáles son los aspectos que se requieren mejorar, es decir las necesidades deben surgir de la comunidad y no ser impuestas en forma autoritaria por algún técnico, científico o

burócrata externo a la problemática; una adecuada gestión de la biodiversidad no debe evitar captar las interpretaciones de los individuos involucrados, que en este caso no son otros que la comunidad de pescadores e integrar sus visiones sobre su espacio natural y vital a la dinámica social del municipio y las formas en que la comunidad pueda ser gestora de las soluciones a sus principales problemas.

Los mecanismos de participación son una respuesta a una problemática en la que la protección de los recursos naturales constituye un tema importante para el Estado y para las comunidades locales en el país, el primero porque tiene como obligación el deber de preservación, y para las segundas porque la biodiversidad es su medio de subsistencia y un referente cultural muy importante para su pervivencia como comunidad. Identificar las diferentes formas de participación y su viabilidad como estrategias para la conservación de la biodiversidad, potencia el ideal de resurgimiento del rol de las comunidades en la toma de decisiones y permite un encuentro de los actores inmersos: Estado-comunidad y la formación de nuevas institucionalidades e instrumentos para la gestión y conservación del ambiente. Por esto, ejercer los mecanismos de participación política, administrativa y judicial en materia ambiental, es imprescindible para iniciar acciones desde las comunidades que posibiliten el equilibrio en la explotación de los recursos y la vida digna de las comunidades.

Y es que la participación de las comunidades garantiza la sostenibilidad de los ecosistemas, ya que con esta se identifican y proponen prioridades de gestión, acciones urgentes sobre los recursos, se generan procesos de identidad cultural frente al entorno inmediato y se pueden fortalecer organizaciones comunitarias, puntos esenciales para la conservación de la biodiversidad.

La pregunta es entonces: ¿Cómo generar procesos de participación en las comunidades y hacer que estos mecanismos desconocidos por ellas cumplan los cometidos para los que fueron creados? Se plantea en esta investigación, que un instrumento posibilitador es la formulación de propuestas de *“popularización del derecho”*<sup>2</sup>, es decir, estrategias educativas que tienen como fin traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje sencillo, comprensible por la comunidad, para que esta se apropie de conceptos, adquiera valores, actitudes, comportamientos ecológicos y éticos que contribuyan al mejoramiento en sus condiciones de vida. La popularización de los mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental, adquiere de este modo una importancia determinante como instrumento para promover la participación del ciudadano en el desarrollo sostenible de sus entornos y en la generación de acciones que garanticen soluciones acordes con sus problemáticas ambientales. El reto es entonces, asumir estos procesos educativos, esto es, de popularización de derechos en las comunidades.

---

<sup>2</sup> Concepto desarrollado por Duque (2012).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alberich, T. (1999). "Gestión pública, participación comunitaria y desarrollo local". *Revista Política y Sociedad*. No. 31, pp. 118. Madrid: Publicaciones Universidad Complutense de Madrid.
- Blanco, Ismael. (2002). *Gobiernos Locales y Redes Participativas*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Calle, Rosangela. (1999). "El Conocimiento Tradicional y la Propiedad Intelectual". *Gestión y Ambiente*. No. 2, pp. 42-59. Medellín: Publicaciones Universidad Nacional de Colombia.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1973.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 975 del 25 de Julio de 2005.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2811 de 1974.
- Duque, Sandra. (2012). *Sobre una propuesta didáctica para la popularización del derecho en el consultorio jurídico*. Tesis de grado para optar al título de Doctor en Educación. Facultad de Educación, Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.
- Gadamer, Hans-Georg. (1993). *Verdad y método I*. Salamanca: Sígueme.
- Gómez, Carlos. (1993). "Sistema de ordenamiento ambiental territorial". IGAC, COT, DNP. *Ordenamiento territorial, conceptualizaciones y orientaciones: hacia un lenguaje común* (pp. 171-182). Santa Fe de Bogotá.
- González, Elvia María. (2011). "Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento". *Discusiones Filosóficas*. Año 12, No. 18, pp. 125-143. Medellín: Publicaciones Universidad de Antioquia.
- Leff, Enrique. (1994). *Ciencias Sociales y formación ambiental*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Macías, Luis Fernando. (1998). *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: LEGIS.
- Morcillo, Pedro. (1994). *La legislación ambiental en Colombia: operancia y aplicabilidad*. Cali: Ediciones Universidad del Valle.
- Rodríguez, Manuel. (1994). "Medio ambiente y desarrollo: la agenda de Río". *Planeación y Desarrollo*. No. 1, Vol. XXV, pp. 33-50. Santafé de Bogotá.
- Tejerina, Baudilio. (1998). *Los movimientos sociales y la acción colectiva. De la producción simbólica al cambio de valores*. Madrid: Editorial Trotta.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Marulanda García, Natalia y García González, Jenny Paola. (2013). "Los derechos ambientales frente a 'otras prioridades'. Estudio de un caso emblemático". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 181-196. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 30 de mayo de 2013  
Aprobado el 13 de junio de 2013

# LOS DERECHOS AMBIENTALES FRENTE A "OTRAS PRIORIDADES". ESTUDIO DE UN CASO EMBLEMÁTICO.

NATALIA MARULANDA GARCÍA\*  
JENNY PAOLA GARCÍA GONZÁLEZ\*\*  
UNIVERSIDAD DE CALDAS

## RESUMEN

En Colombia, la dimensión ecológica de la Constitución Política de 1991 se traduce en mandatos al Estado y los particulares, complementados por una vasta legislación ambiental, clara en definir prioridades en los usos del agua, así como la prevalencia de los derechos constitucionales de los habitantes de una región sobre la disposición de este recurso vital para fines económicos. En Caldas, durante la construcción del túnel de uno de los trasvases que conforman un gran proyecto de generación de energía, se produjeron diversos impactos "no previstos" que causaron graves afectaciones en diferentes cuerpos de agua superficiales (22 quebradas afectadas) y vulneración de los derechos colectivos de los habitantes del corregimiento Berlín en Samaná (Caldas). El presente artículo pretende contribuir a la necesaria reflexión que desde el Derecho Ambiental debe hacerse en torno a la construcción de megaproyectos hidroeléctricos en Colombia, mediante la descripción de los daños causados, los derechos vulnerados y la actuación de la autoridad ambiental competente

frente a un caso emblemático: el trasvase del río Manso al embalse de la Central Miel I.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos constitucionales, licencia ambiental, impactos ambientales, justicia ambiental, desplazamiento.

\* Abogada, Universidad de Caldas. Maestría en Derecho Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona (España). Docente auxiliar, Universidad de Caldas. Codirectora del Semillero de Investigación "Derecho y Medio Ambiente", adscrita al Grupo de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos de la Universidad de Caldas. Correo electrónico: natalia.marulanda@ucaldas.edu.co

\*\* Estudiante de Derecho, Universidad de Caldas. Adscrita al Semillero de Investigación "Derecho y Medio Ambiente" y al Grupo de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos de la Universidad de Caldas. Correo electrónico: jennypaolagarcia@gmail.com

## ENVIRONMENTAL RIGHTS AGAINST “OTHER PRIORITIES”: AN EMBLEMATIC CASE STUDY

### ABSTRACT

In Colombia, the ecological dimension of the 1991 Political Constitution results in mandates to the State and to the individuals, complemented with a vast environmental legislation, clear when defining priorities in the use of water, as well as the prevalence of a region inhabitants' constitutional rights about the use of this vital resource for economic purposes. During the construction of a tunnel of one of the interbasin transfers which form a major electricity generation process in Caldas, several “unexpected” impacts took place which caused serious impacts in different superficial water bodies (22 streams affected) and violation of collective rights of the small town of Berlin in Samaná (Caldas) inhabitants. This article pretends to contribute to the necessary reflection that, from Environmental Law, must be done around the construction of hydroelectric megaprojects in Colombia by means of a description of damage caused, violated rights and the intervention of the competent environmental authority in the face of an emblematic case: The Manso river interbasin transfer to the Central Miel I reservoir.

**KEY WORDS:** Constitutional rights, environmental license, environmental impact, environmental justice, displacement.

## INTRODUCCIÓN

La región oriental del departamento de Caldas, también conocida como Magdalena caldense, es una zona especialmente rica en recursos hídricos y cuenta con una ubicación privilegiada en la geografía nacional. Allí, en el centro mismo de Colombia, se encuentra el municipio de Samaná, cuya zona rural se divide en cinco corregimientos entre los que se encuentra Berlín, reconocido como tal desde el año 1949.

Según se expone anecdóticamente en el Plan de Desarrollo Municipal de Samaná, Berlín debe su nombre a que “en esa época hacía poco había pasado la Segunda Guerra Mundial” (CONCEJO MUNICIPAL DE SAMANÁ, 2012); sus habitantes son campesinos dedicados a la ganadería, al cultivo de café, caña y cacao (CONCEJO MUNICIPAL DE SAMANÁ, 2012), actividades agropecuarias que gozan de especial protección en virtud de lo establecido en el Artículo 65 de la Constitución Política de Colombia, que establece para estas un trato especial, al señalarlas como prioritarias para el desarrollo del país.

A pesar de su corta historia, el corregimiento Berlín ha sido escenario de diversos conflictos; dada su importancia en términos geopolíticos su población desde antaño ha padecido la crudeza del conflicto armado y la crueldad del fenómeno del paramilitarismo, situaciones potencializadas por diversas pugnas por la tierra y la ausencia del Estado.

Actualmente es un conflicto ambiental el que nos remite a Berlín. Se da el marco de la proliferación de proyectos de generación hidroeléctrica en el país, entre los cuales se encuentra el denominado “Complejo hidroeléctrico del oriente de Caldas” liderado por la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., compuesto por una serie de proyectos de embalses y trasvases mediante los cuales se pretende represar varios ríos con el fin de satisfacer una creciente demanda energética a nivel nacional e internacional.

Entre los proyectos que componen el gran complejo hidroeléctrico se encuentra el trasvase del río Manso, que una vez entrado en operación, aportará parte de las aguas del río Manso a la quebrada Santa Bárbara, que a su vez aporta sus aguas al embalse Amaní de la Central Hidroeléctrica Miel I, permitiendo un incremento en la energía media anual de 179 GWh/año en esta central (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, 2008). Sus principales áreas de influencia son las veredas Lagunilla, La Reforma, Piedras Verdes, La Sonrisa, del corregimiento Berlín en el municipio de Samaná.

La implementación de esta clase de proyectos en la región genera dinámicas que ameritan un análisis desde el Derecho Ambiental, motivo por el cual la línea de investigación “Derecho y Medio Ambiente” del Grupo de Estudios Jurídicos

y Sociojurídicos de la Universidad de Caldas, de manera mancomunada con el Observatorio de Conflictos Ambientales –OCA–, viene haciendo seguimiento a los conflictos surgidos en el desarrollo de proyectos de generación de energía hidroeléctrica en el oriente del departamento de Caldas, a raíz de la puesta en marcha del ambicioso emprendimiento.

El presente artículo da cuenta de algunos avances del proyecto investigativo en curso: “El sector hidroeléctrico en Colombia: Políticas, impactos ambientales y derechos. Zona central andina colombiana”, dentro del cual se fijaron como objetivos específicos, entre otros: 1) Caracterizar la situación de derechos en las zonas del desarrollo hidroeléctrico, y 2) Determinar la situación de justicia ambiental en la zona central andina de Colombia.

Persiguiendo los objetivos referidos, se realizó este estudio de caso para cuyo análisis se plantearon dos hipótesis:

- La omisión del deber objetivo de cuidado por parte de la empresa y la ausencia de una sanción por la autoridad ambiental, generan escenarios de vulneración de derechos ambientales en Berlín.
- La población afectada no ha obtenido una verdadera compensación debido a que el tema ha sido trasladado al derecho privado.

El caso del trasvase del río Manso a la Central Hidroeléctrica Miel I se considera emblemático ante las dimensiones de lo allí ocurrido en términos de impactos socio-ambientales y vulneración de derechos colectivos, situaciones que invitan a reflexionar sobre la brecha existente entre la voluntad formal expresada en el Derecho Ambiental colombiano y el desdén por su cumplimiento en la toma de decisiones por las autoridades competentes frente a macroproyectos que prometen dinamizar el desarrollo económico del país.

### **Represas, desarrollo y derechos constitucionales**

Siendo el recurso hídrico un elemento indispensable para la vida humana, durante miles de años se ha acudido a las represas como instrumento idóneo para la utilización de dicho recurso. Bien sea para aprovechar el agua como energía hidráulica, suministrarla para usos domésticos, industriales o de riego, a lo largo de la historia las represas han satisfecho necesidades imperantes en toda clase de comunidades alrededor del mundo.

Pese a lo anterior, a medida que las represas se han construido con miras a satisfacer necesidades ajenas a las comunidades de su área de influencia, y a medida que su tamaño y envergadura han tomado dimensiones antes inesperadas, se han venido



generando diversos conflictos, que son objeto de estudio del Derecho Ambiental desde su aparición en los años 70.

La Comisión Mundial de Represas, entidad creada en el año 1997 con el fin de mediar en los conflictos que cada vez más frecuentemente aparecen en torno a la construcción de esta clase de obras, en su informe “Represas y desarrollo”, después de hacer un análisis profundo y concienzudo de los beneficios de las represas a lo largo del mundo, advierte sobre las problemáticas que se asocian a la construcción de las mismas:

En los últimos 50 años también se han destacado los problemas de las grandes represas y sus impactos sociales y ambientales. Las grandes represas han fragmentado y transformado los ríos del mundo, mientras se estima que entre 40 y 80 millones de personas han sido desplazadas por su construcción. En muchos países, a medida que las bases para la toma de decisiones se han vuelto más abiertas, inclusivas y transparentes, la decisión de construir una gran represa se ha tornado crecientemente controversial, hasta el punto que el futuro de la construcción de grandes represas está hoy cuestionado en muchos países del mundo. (COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS, 2000: 6)

En el mencionado informe, haciendo énfasis en la valoración de los impactos que comúnmente se visibilizan en proyectos de construcción de represas, la Comisión Mundial de Represas concluye que en los casos estudiados “con frecuencia, sus efectos negativos no se valoraban ni se tomaban en cuenta adecuadamente” (p. 19).

Colombia, país pionero a la hora de legislar sobre temas ambientales, cuenta con un Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente desde la expedición del Decreto Ley 2811 del año 1974, cuya importancia en términos jurídicos se incrementó a partir de la expedición de una Constitución Política que ha entendido la protección del medio ambiente como una prioridad dentro de los fines del Estado, enmarcada en el deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010), e íntimamente relacionada con la noción de Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2001).

En su capítulo tercero, contentivo de los derechos colectivos y el ambiente, la Constitución Política colombiana incluye el Artículo 80, en el cual se establece el deber del Estado, tanto de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, como de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, para lo cual está obligado a imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Aunado a lo anterior, la Constitución Ecológica reafirma la relación directa existente entre los derechos colectivos y las herramientas que permiten al Estado garantizar la

efectiva participación ciudadana en la decisiones que tienen que ver con el medio ambiente (VALENCIA, 2007), motivo por el cual el Artículo 79 constitucional, establece la obligación de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar su derecho a gozar de un ambiente sano.

Los principios y reglas generales otorgados por el constituyente, las figuras creadas por el legislador, así como los principios generales del Derecho Ambiental, han sido de poca observancia por las empresas ejecutoras de proyectos que puedan comprometer el derecho colectivo a un ambiente sano; en especial, en lo que tiene que ver con su factor participativo y con el principio de precaución establecido en el numeral 6, del Artículo 1, de la Ley 99 de 1993, en virtud del cual “cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

En palabras de Jordi Jaria, el planteamiento de la protección al bien jurídico medio ambiente como objetivo social a nivel constitucional “tiene como consecuencia directa la introducción de limitaciones en la libertad y condiciona el funcionamiento del sistema económico” (JARIA, 2005: 67). Las autoridades ambientales colombianas parecen desconocer que la efectividad de su actuación depende en gran medida de la capacidad de imponer esa clase de limitaciones, con el fin de proteger derechos constitucionales.

A la hora de ejercer su función de control y seguimiento, así como su potestad sancionatoria, las autoridades ambientales colombianas conceden gran libertad al beneficiario de la licencia. Entonces ¿qué se puede esperar cuando la empresa licitante es de carácter mixto, con participación del Estado mismo?

### **La licencia ambiental**

La figura de la licencia ambiental nace de la necesidad de evaluar y prevenir los impactos que se puedan presentar en la ejecución de un determinado proyecto, constituyéndose en la principal herramienta con que cuenta el Estado para la protección de los derechos colectivos (RODRÍGUEZ, GÓMEZ y MONROY, 2012: 38).

En palabras de la Corte Constitucional: “la exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada” (Corte Constitucional, Sentencia C-894 de 2004). Por lo anterior, la Ley 99 de 1993 define en su Artículo 50 la licencia ambiental como la autorización que otorga la autoridad ambiental “sujeta al cumplimiento de requisitos establecidos en la misma, en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales”. Tratándose de

una autorización sujeta a condiciones, para que la figura de la licencia ambiental cumpla su función, es indispensable la eficaz actuación de la autoridad ambiental en el control del cumplimiento de las condiciones allí establecidas.

En el caso del trasvase del río Manso, tras haberse iniciado los trámites conducentes a la obtención de la licencia desde el año 2000 por HIDROMIEL (que luego cedió el proyecto a ISAGEN S.A. E.S.P.) se surtió un largo proceso, durante el cual la Corporación Autónoma Regional de Caldas –CORPOCALDAS– en calidad de autoridad ambiental regional emitió diversos conceptos desfavorables, por cuanto el mencionado río había sido considerado en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de represamiento del río La Miel como un factor de mitigación.

Luego de más de cinco años del transcurso del proceso, en el cual se observaron manifestaciones tanto de apoyo como de oposición, desde la sociedad civil y la institucionalidad regional, se expidió la Resolución 2282 de 2006 del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) mediante la cual se otorgó licencia ambiental para el Trasvase del Río Manso al Embalse de la Central Miel I. Es de resaltar el contenido del Artículo décimo segundo de la mencionada Resolución, en el cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2006) indica:

En caso de presentarse, durante el tiempo de ejecución de las obras u operación del proyecto, efectos ambientales no previstos, el beneficiario de la presente Licencia Ambiental, deberá suspender los trabajos e informar de manera inmediata a este Ministerio, para que determine y exija la adopción de las medidas correctivas que considere necesarias, sin perjuicio de las medidas que debe tomar el beneficiario de la misma para impedir la degradación del medio ambiente.

La licencia inicialmente concedida a la empresa ISAGEN mediante Resolución 2282 de 2006 del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) ha sido modificada en varias ocasiones, dentro de las cuales se destaca la obligación incluida en la Resolución 1211 de 9 de julio de 2008, donde se establecieron obligaciones a la empresa respecto a las aguas susceptibles de infiltración. Se resalta el contenido del Artículo noveno de la resolución en mención, el cual indica:

La Empresa deberá realizar mediciones continuas de los caudales de infiltración, de manera que si el caudal es mayor a 20 l/s se deberá realizar el taponamiento de los puntos de infiltración mediante la inyección de agregados impermeabilizantes o bien mediante la instalación de malla y concreto lanzado, previamente a un revestimiento definitivo del sector. (MAVDT, 2008: 30)

A lo largo de todo el proceso de licenciamiento, así como de las modificaciones a la licencia ambiental, se observa que el riesgo de afectación al recurso hídrico por cuenta de la construcción del túnel del trasvase era evidente, y si bien no se había identificado la magnitud que posteriormente alcanzaría el daño, se definió como umbral de infiltración, a partir del cual era menester suspender las obras, un nivel de 20 l/s.

### **La investigación ambiental**

Habiéndose iniciado la construcción del túnel en septiembre de 2008, diferentes comunicaciones enviadas por la comunidad desde el año 2009 al entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, referentes a la posible afectación del recurso hídrico derivada de las obras de construcción del túnel del proyecto, dieron lugar a la realización de revisiones documentales y visitas técnicas y al Concepto Técnico No. 1159 de 17 de julio de 2009, en el cual se concluye que es preciso abrir investigación ambiental a la empresa ISAGEN por presunto incumplimiento de la licencia ambiental concedida mediante Resolución 2282 de 2006 y sus resoluciones modificatorias; con base en lo cual se expidió el Auto No. 2679 de septiembre 23 de 2009 “Por el cual se ordena la apertura de una investigación ambiental”.

Pese a la lentitud que caracterizó la actuación de la autoridad ambiental, se pudo verificar que en la construcción del túnel que movilizará las aguas del río Manso al embalse de la Central Miel I, se generó una infiltración (más de 3 veces superior a la permitida en la licencia ambiental) que causó una grave afectación a los recursos hídricos del área de influencia del proyecto.

Lo anterior dio lugar tardíamente (ya que pasaron tres años sin tomarse decisión alguna) a la expedición por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– de la Resolución número 300 del 29 de diciembre de 2011, en cuyo cuerpo se lee: “la construcción del túnel de desviación ha generado una drástica disminución del caudal en unos casos y secamiento total en otros casos, respecto de más de 20 fuentes hídricas identificadas sobre dicho túnel” (ANLA, 2011: 52). La situación de las fuentes hídricas comprometidas se relaciona en la siguiente Tabla, elaborada a partir de la información contenida en la Resolución número 300 de 2011:

**Tabla 1.** Quebradas afectadas por la construcción del túnel del trasvase del río Manso

<b>QUEBRADA</b>	<b>ESTADO</b>
Lavapatas	Seca
Agüetarro	Seca
La María	Seca
Los Pomos	Seca en un tramo de 100-200 metros
Quebrada No. 4	Seca
Quebrada No. 5	Seca
Los Cacaos	Seca
Media Cuesta	Seca
Bolloliso	Tramo seco
El Saladero	Seca
El Cementerio	Seca
El Guadual	Seca
Los Corrales	Caudal disminuido
Los Limones	Seca
El Camino	Seca
La Piscina	Caudal disminuido
El Establo	Seca
El Aguacate	Seca
El Tesorito	Seca
Los Mangos	Caudal disminuido

*Fuente:* Elaboración propia.

En consecuencia, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– impuso la medida preventiva consagrada en el Artículo 39 de la Ley 1333 de 2009, consistente en la suspensión temporal de la obra o proyecto, al considerar que “permitir que inicie la operación del Trasvase en las condiciones actuales representaría un riesgo sobre las fuentes hídricas que están ubicadas sobre el túnel de desviación y sobre algunas especies de fauna” (ANLA, 2011: 53). Como condiciones para el levantamiento de la medida preventiva la ANLA estableció:

1. Adelantar los estudios que permitan determinar el grado de incidencia de la construcción del túnel en las aguas superficiales y subterráneas y los impactos causados sobre los medios físico, biótico y socioeconómico.
2. Presentar los resultados de la modelación del comportamiento de las aguas superficiales y subterráneas, para la situación correspondiente al recubrimiento total del túnel.

3. A partir de la evaluación de tales impactos, proponer las medidas de manejo que, en primera instancia, permitan la recuperación del recurso hídrico. De no ser posible lo anterior, presentar las medidas que compensen la afectación generada por el trasvase sobre los medios físico, biótico y socioeconómico. (ANLA, 2011: 54)

El 11 de mayo de 2012 ISAGEN S.A. E.S.P., solicitó el levantamiento de la medida preventiva argumentando haber llevado a cabo las actuaciones exigidas por la autoridad ambiental, gracias a lo cual, según lo expuesto por la empresa, las fuentes hídricas superficiales se habían recuperado.

La ANLA se pronunció con severidad sobre la solicitud elevada por ISAGEN mediante la Resolución número 901 del 1 de noviembre de 2012, en la cual, luego de hacer un recuento de la información enviada por la empresa promotora del proyecto, argumentando que “respecto a los requerimientos efectuados en la Resolución 300 de 2011, la empresa no dio alcance a los mismos ni propuso medidas de manejo que permitieran la recuperación del recurso hídrico” (ANLA, 2011: 52). Aunado a lo anterior, la ANLA expone que los impactos habían devenido más críticos y que la actuación de la empresa agravaba el riesgo de las condiciones iniciales de los medios abiótico, biótico y socioeconómico.

La decisión tomada en dicha Resolución fue desfavorable a las pretensiones de la empresa. En este acto administrativo se reiteró que la medida preventiva, consistente en la suspensión de la entrada en operación del túnel del trasvase, únicamente se levantaría en cuanto ISAGEN: 1) Ejecute las obras de impermeabilización y sostenimiento del túnel, y 2) Presente para evaluación y aprobación el complemento del Plan de Restauración Ecológica de los Ecosistemas Terrestres y Acuáticos en el cual considere la redefinición el área de influencia física, biótica y socioeconómica, así como la tendencia del medio hasta el inicio de la recuperación del recurso hídrico (ANLA, 2011).

En aquel momento la ANLA fue enfática en exigir a ISAGEN S.A. E.S.P. que las obras realizadas en el túnel correspondieran al cumplimiento de la obligación, relacionada con niveles de infiltración máximos de 20 l/s, por lo que sorprende el cambio de criterio que recientemente se observó con la expedición de la Resolución No. 533 del 4 de junio de 2013, mediante la cual se levanta la medida preventiva impuesta, habiéndose verificado que el nivel de infiltración en el túnel del trasvase aún sobrepasa ampliamente la medida referida.

### **Los derechos ambientales y la situación de los habitantes de Berlín**

A pesar de haberse catalogado como un derecho colectivo en la Constitución Política de 1991, el derecho a un medio ambiente sano ha sido reconocido como fundamental en un gran número de sentencias de la Corte Constitucional, en las cuales ha dejado claro que:

De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental. (Corte Constitucional, Sentencia C-671, 2001: 28)

Dado lo anterior, es preciso preguntarse por la situación que enfrenta una comunidad cuya vocación (como se ha expuesto anteriormente) es eminentemente agropecuaria, cuando las quebradas que abastecen sus cultivos y animales se ven afectadas por un proyecto catalogado “de utilidad pública e interés social”.

La concesión de aguas para un determinado uso, priva necesariamente a otros usuarios del recurso que requieren para satisfacer otras necesidades. La legislación ambiental colombiana ha definido taxativamente un orden de prioridades de uso del agua, contenidas en el Artículo 41 del Decreto 1541 de 1978, que establece en primer orden para el consumo humano; en segundo orden para la utilización doméstica individual; en tercer orden los usos agropecuarios comunitarios, comprendidas la acuicultura y la pesca; en cuarto orden los usos agropecuarios individuales, comprendidas la acuicultura y la pesca; y en quinto orden la generación de energía hidroeléctrica.

En lo referente a la escasez de agua en el área de afectación del trasvase y su relación con una actividad protegida constitucionalmente como es la agropecuaria, se constató que la afectación de las quebradas debido a la construcción del trasvase provocó pérdida de sistemas productivos como la ganadería, piscicultura y otros cultivos como cacao y aguacate (CORPOCALDAS, 2012).

El Decreto 1220 de 2005 (norma aplicable al caso por la fecha de expedición de la licencia ambiental) en su Artículo 1 define las medidas de compensación como “acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”.<sup>11</sup>

Cabe entonces preguntarnos: ¿Qué alternativas se han presentado a los habitantes de Berlín ante los “impactos no previstos” generados en la ejecución del proyecto? Y ¿de qué manera actuó la autoridad ambiental para proteger los derechos de la comunidad afectada?

---

<sup>1</sup> Subrayado fuera de texto.

Los pobladores de Berlín, que años atrás celebraron la llegada de un proyecto de gran impacto económico a su territorio mediante el cual se prometía generar bienestar y mejorar las condiciones de vida en el sector, quedarían impávidos al descubrir que en el desarrollo de dicho proceso, ya no se les tendría en cuenta. La empresa optó por la compraventa como medida de “compensación” y prefirió actuar como cualquier particular que realiza una transacción por un bien inmueble persiguiendo sus intereses. Fue así como se adquirieron 25 predios que suman un total de 462 hectáreas (ANLA, 2013: 46).

Los habitantes de Berlín y Montebello, el 16 de julio de 2012 realizaron un “plantón” en el que manifestaron su inconformidad a las autoridades municipales, departamentales y nacionales, frente a las afectaciones que venían padeciendo. Entre los problemas denunciados se destacaron:

- La falta de coherencia entre el proyecto socializado inicialmente a la comunidad y lo que actualmente se observa.
- Falta de atención a las comunidades.
- Afectación a los predios y las viviendas por el paso de maquinaria pesada.
- Ausencia de control de la actividad de ISAGEN por el Estado.
- Encontrarse aislados y encerrados en sus predios por cuenta de las vías cerradas por la empresa. (ANLA, 2012: 36)

La autoridad ambiental atribuye lo anterior al ánimo de ejercer presión y vender los predios ante la generación de expectativas por parte de la empresa. Tal es el argumento que se expone en la Resolución 533 del 4 de junio de 2013, en la cual indica:

[...] un alto porcentaje de propietarios optaron por la venta de sus predios lo cual generó en la comunidad expectativas frente a la adquisición de predios por parte de ISAGEN S.A. E.S.P., lo que conllevó a la especulación y originó un aumento en las quejas y hasta la realización de acciones de hecho, como lo sucedido en el “plantón” de julio de 2012. (ANLA, 2013: 32)

Entre otras consideraciones tenidas en cuenta por la ANLA para tomar la decisión de levantar la medida preventiva impuesta a ISAGEN, en el caso del río Manso, se observa con extrañeza que la autoridad ambiental reconoce que en el área de influencia del trasvase se produjo desplazamiento, pero le resta importancia y le otorga un valor meramente circunstancial. Al pronunciarse sobre la compraventa como medida ejecutada por la empresa, la ANLA opta por considerarla como una disposición inicial para mitigar los impactos, “pero que de igual manera generó desplazamiento de los residentes de la zona, expectativas en los demás propietarios respecto a la compra de predios y finalmente, desinformación y especulación en la comunidad en general” (ANLA, 2013: 32).



La empresa aduce a su favor que nunca presionó a los propietarios para que vendieran, a lo cual añade que en los predios adquiridos se desarrollaba una economía de subsistencia basada en la agricultura a pequeña escala y ganadería extensiva, de lo cual concluye que su aporte era muy reducido y poco representativo económicamente para la región (ANLA, 2013: 30).

Se observa una paradoja en lo referente a la acción del Estado: de un lado, es el principal obligado a limitar las conductas que pongan en peligro el bien jurídico medio ambiente y los derechos colectivos de los asociados; de otro, participa como accionista de una empresa de economía mixta (ISAGEN S.A.) promotora de un proyecto como el “trasvase del río Manso a La Miel”, en cuya ejecución se vienen presentando las problemáticas descritas a lo largo del presente artículo. Puede deducirse que en el presente caso el Estado hace las veces de juez y parte, y como tal, es su manera de proceder.

En entrevista realizada para el diario *La Patria*, María Luz Pérez, gerente de proyectos de generación de ISAGEN, reconoce que la construcción del túnel está generando desplazamiento, pero argumentando: “es diferente el desplazamiento de los grupos armados al que hacemos nosotros” (HERNÁNDEZ, 2012).

Tratándose de comunidades campesinas, es preciso anotar que, aunque su desplazamiento no responda a hechos violentos, se da en un momento en que el país se ha comprometido a elaborar mecanismos de transición y ha reconocido la gravedad de las vulneraciones de derechos que para esta población implica el desarraigo de sus territorios.

El caso ha trascendido el ámbito del derecho administrativo ambiental y ha pasado al del derecho penal. La Fiscalía Segunda Seccional de Manizales ha iniciado investigación con ocasión de lo acontecido en Berlín por daños en los recursos naturales, delito estipulado en el Artículo 331 del Código Penal colombiano, que establece una pena de dos(2) a seis(6) años a quien “con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier modo dañe los recursos naturales, causándoles una grave afectación”. Sin embargo, esta investigación penal aún no ha arrojado resultados.

## CONCLUSIONES

La afectación de un recurso vital como es el hídrico, compromete la calidad de vida de los habitantes de una región y su derecho constitucional a un medio ambiente sano de tal manera que los expulsa del territorio, pues el agua está íntimamente relacionada con la satisfacción de las necesidades humanas más básicas.

En el presente caso, se observa que ante la falta de control de una situación cuya posible ocurrencia había sido advertida en el marco de la licencia ambiental (filtración superior a 20 l/s), se vienen generando una serie de problemas y conflictos de gravedad creciente, manifestados en la vulneración de los derechos constitucionales de los habitantes del área de influencia del proyecto.

En efecto, la comunidad se reconoce como víctima de un desplazamiento que ellos denominan como “indirecto”; ISAGEN, ha comprado los predios de muchos campesinos que se vieron afectados por la construcción del proyecto, especialmente aquellos en cuyos predios había nacimientos de aguas superficiales y que resultaron desaparecidos por la construcción del túnel. Sin embargo, la comunidad aduce que esta no es la única razón para el desplazamiento, la falta de agua generó disminución de las fuentes agrícolas de trabajo, por lo que quienes solían vivir como empleados en otras fincas fueron despedidos por el deterioro de las mismas.

A pesar de haberse verificado afectaciones consumadas, la figura de la medida preventiva impuesta por la ANLA remite el problema al plano de las posibilidades de materialización de un riesgo, dejando en manos del infractor (ISAGEN) la determinación del grado de incidencia de los daños causados.

La ausencia de medidas sancionatorias impide una efectiva compensación, crea una situación de vulnerabilidad e incertidumbre que agrava la situación que actualmente padecen los habitantes del área de influencia y aplaza la efectiva exigencia de medidas compensatorias tendientes a restaurar el grave daño social y ambiental causado.

El levantamiento de la medida preventiva ha ignorado el componente social que motivó el acto que la impuso, argumentando que este elemento era de carácter patrimonial y que estaba por fuera del componente funcional de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

Vale la pena, entonces, terminar cuestionando la efectividad del desarrollo normativo a nivel nacional para la protección del medio ambiente y de los derechos colectivos fundamentales y las actuaciones de las entidades gubernamentales encargadas de velar por dicha protección. Nuevamente se evidencia el abandono en el que el Estado ha dejado a las comunidades rurales de nuestro país que han sido víctimas del desplazamiento “bueno” ocasionado por megaproyectos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–. (2011). *Resolución número 300 de diciembre 29 de 2011*. Por la cual se impone una medida preventiva. En: [http://www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/gaceta\\_ambiental/2011/res\\_0300\\_291211.pdf](http://www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/gaceta_ambiental/2011/res_0300_291211.pdf)
- \_\_\_\_\_. (2012). *Resolución No. 901*. Por la cual se evalúa el cumplimiento de las condiciones para el levantamiento de la medida preventiva, establecidas en la Resolución 300 de 29 de diciembre de 2011 y se toman otras determinaciones. En: [http://www.anla.gov.co/documentos/Gaceta/res\\_0901\\_011112.PDF](http://www.anla.gov.co/documentos/Gaceta/res_0901_011112.PDF)
- \_\_\_\_\_. (2013). *Resolución No. 533*. Por la cual se levanta una medida preventiva de suspensión de actividades y se toman otras determinaciones.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de Diciembre 22 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2001, Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-894 de 2004, Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-595, 2010, Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1541 de julio 28 de 1978. Por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974: “De las aguas no marítimas” y parcialmente la Ley 23 de 1973. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1250>
- \_\_\_\_\_, Decreto 1220 de 21 abril de 2005. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16316>
- Comisión Mundial de Represas. (2000). *Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones*. Londres: CMR.
- Colombia, Congreso, Ley 599 de julio 24 de 2000: Por la cual se expide el Código Penal colombiano. En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>
- Concejo Municipal de Samaná, Caldas. (2012). *Acuerdo 013 de mayo de 2012*. Mediante el cual se aprueba el Plan de Desarrollo de Samaná 2012-2015.
- Corporación Autónoma Regional de Caldas –CORPOCALDAS–. (2012). Informe técnico número 365 del 6 de agosto de 2012. Subdirección de Recursos Naturales.
- Hernández, C. (2012, 9 de diciembre). “Secos y desplazados por falta de agua en Berlín (Samaná)”. *La Patria*. En: <http://www.lapatria.com/caldas/secos-y-desplazados-por-falta-de-agua-en-berlin-samana-21460>
- Jaría i Manzano, J. (2005). “El bienestar posible: Estado social y protección del medio ambiente”. *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*. No. 8, pp. 61-82.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2006). *Resolución No. 2282 de 24 de noviembre de 2006*. Por la cual se otorga una licencia ambiental y se toman Otras determinaciones. En: [http://www.minambiente.gov.co/documentos/res\\_2282\\_241106.pdf](http://www.minambiente.gov.co/documentos/res_2282_241106.pdf)
- \_\_\_\_\_. (2008). *Resolución No. 1211 de 9 de julio de 2008*. Por la cual se modifica una licencia ambiental. En: [http://www.minambiente.gov.co/documentos/res\\_1211\\_090708.pdf](http://www.minambiente.gov.co/documentos/res_1211_090708.pdf)
- \_\_\_\_\_. (2009). *AUTO No. 2679 de septiembre 23 de 2009*. Por el cual se ordena la apertura de una investigación ambiental. En: [http://www.minambiente.gov.co/documentos/auto\\_2679\\_230909.pdf](http://www.minambiente.gov.co/documentos/auto_2679_230909.pdf)

- Ministerio de Minas y Energía. (2008). *Resolución No. 260 de 30 de julio de 2008*. Por la cual se declaran de utilidad pública e interés social los terrenos necesarios para la construcción y operación de los proyectos denominado "TRASVASE RÍO MANSO" y "PROYECTO HIDROELÉCTRICO SOGAMOSO". En: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosSoporteRevistas/4217.pdf>
- Rodríguez, G.A., Gómez, A. y Monroy J.A. (2012). *Las licencias ambientales en Colombia. Una mirada desde la participación y la responsabilidad*. Bogotá: Foro Nacional Ambiental - Grupo Editorial Ibáñez.
- Valencia, J.G. (2007). "Estado ambiental, democracia y participación ciudadana en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991". *Jurídicas*. No. 2, Vol. 4, pp. 163-185.

## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Martínez Montenegro, Isnel y Cándano Pérez, Mabel. (2013). "Reflexiones sociojurídicas del componente ambiental suelo en Cuba". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 197-208. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 28 de mayo de 2013  
Aprobado el 16 de julio de 2013

# REFLEXIONES SOCIOJURÍDICAS DEL COMPONENTE AMBIENTAL SUELO EN CUBA\*

ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO\*\*

MABEL CÁNDANO PÉREZ\*\*\*

UNIVERSIDAD "CAMILO CIENFUEGOS" DE CUBA

## RESUMEN

El presente artículo se encamina a analizar la legislación vigente en Cuba referente a la protección del componente suelo, donde se determina la necesidad de combinar la aplicación de la normativa legal actual con el imperio de producir alimentos bajo el principio del uso de la tierra desde una perspectiva de desarrollo sostenible, y mediante el desempeño de una agricultura que presente profundos valores ecológicos. La investigación se apoya además en un estudio de la concepción de agricultura ecológica en lo referente a la explotación de los suelos y del instrumento legal regulador destinado a su conservación.

**PALABRAS CLAVE:** Protección legal, componente suelo.

---

\* Este artículo responde al Proyecto La familia campesina: baluarte de la Revolución Cubana. Proyecto institucional de la Universidad de Matanzas "Camilo Cienfuegos", Cuba.

\*\* Profesor Asistente de Derecho Mercantil, Jefe del Departamento Docente de la Universidad de Matanzas "Camilo Cienfuegos", Cuba. Vicepresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Matanzas. Correo Electrónico: isnel.martinez@umcc.cu

\*\*\* Profesora Instructor de Propiedad Industrial del Departamento Docente de la Universidad de Matanzas "Camilo Cienfuegos", Cuba. Correo Electrónico: mabel.candano@umcc.cu

## LEGAL REFLEXIONS ABOUT THE ENVIRONMENTAL SOIL COMPONENT IN CUBA

### ABSTRACT

This article heads for the analysis of current legislation in Cuba referring to the protection of the soil component where the need to combine the application of current legal regulations with the rule of producing food under the principle of the use of land from a perspective of sustainable development and through the use agriculture which implies deep ecological values. The research is also supported by a study of the agricultural ecologic conception in regard to the land exploitation and the regulatory legal instrument designed to protect its conservation.

KEY WORDS: Legal protection, soil component.

## INTRODUCCIÓN

A nivel mundial existe una elevada preocupación por el cuidado, mejoramiento y protección del Medio Ambiente, unido a un interés global de correspondencia del uso adecuado de los recursos naturales del planeta. De manera que se torna necesario otorgar un papel predominante al componente suelo, dentro de los diferentes elementos medioambientales que se protegen en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

El contexto internacional actual se caracteriza por la presencia de fenómenos de tipo económico, social, cultural, científico-técnico, ambiental y político que en décadas anteriores no estaban presentes con la intensidad y volumen con que se presentan en los momentos actuales. Factores como la globalización, el neoliberalismo, la crisis económica mundial, las guerras, el terrorismo, los cambios producidos en las estructuras económicas y productivas de los países, las nuevas exigencias del mercado de trabajo y el desarrollo continuo de nuevas ramas de la ciencia y la técnica (informática, comunicaciones, robótica, biotecnología, etc.) son algunos ejemplos del carácter complejo de los cambios ocurridos en nuestro contexto (GURTNER et al., 1998: 67).

El desafío de promover un desarrollo agropecuario sostenible está vinculado a la adopción de alternativas tecnológicas que mantengan la calidad de los recursos naturales y el medio ambiente. La Unión Europea ha realizado diversas convocatorias para asegurar la protección de sus recursos, de modo de delinear una política de protección ambiental europea, referida especialmente al suelo como recurso no renovable, sometido a presiones en aumento en los últimos años (ROMBKE, 2005; GIUFFRÉ, FORMENTO y RATTO, 2007: 3).

Numerosas han sido las transformaciones en la agricultura cubana de los últimos 20 años, sin embargo los resultados no se corresponden con los esfuerzos realizados por la dirección del país. La respuesta en términos productivos es insatisfactoria con respecto a los cambios institucionales y a la creación de mecanismos de mercado, con sustento en la protección del medio ambiente. Estos efectos se reflejan en los indicadores del lento crecimiento operados en la producción de alimentos, los bajos niveles de rendimiento agrícola, el insuficiente aprovechamiento de las tierras y en general la débil respuesta en términos de eficiencia y competitividad.

De esta forma, es imprescindible el traslado de una educación ambiental a través del proceso continuo, como dimensión de la educación integral de todos los ciudadanos de la sociedad moderna. Dirigida a la adquisición de conocimientos y a la formación de valores, donde se trata de alcanzar la armonía de las relaciones entre los seres humanos y de ellos con el resto de la sociedad y la naturaleza, para así, propiciar la orientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia un desarrollo sostenible.

## GENERALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN

En la actualidad, el usual diseño de políticas públicas de avanzada científica está encaminado a lograr un desarrollo humano sostenible, incorporando la consideración de un crecimiento económico justo y equitativo, que tienden a su vez, a transformarse en un contenido de redistribución menos excluyente. Esta conceptualización subyace a una cantidad de implicaciones que en el orden práctico son convenientes dilucidar para responder a la consolidación de un modelo que justifique el progreso social con el crecimiento económico.

En la protección del ambiente se requiere una participación de corresponsabilidad entre la autoridad y la sociedad civil. Se requiere reconocer los intereses difusos de la sociedad en la protección ambiental para, de esta forma, garantizar una participación social más efectiva e incluso reconocer mayores acciones a la sociedad civil en la vigilancia y aplicación de la normativa ambiental (MESTRE, 2013: 17).

Existe toda una variada y diversa gama de modelos administrativos en materia de protección ambiental que van desde el reforzamiento de estructuras preexistentes hasta la creación de organizaciones especiales; que a su vez interactúan con distintas modalidades gubernamentales. La política ambiental cubana combina de forma armónica y equitativa el desarrollo económico, social y la protección de la naturaleza, unido al concepto de desarrollo sostenible, que incluye a todas las personas sin distinción económica.

La Legislación Ambiental dentro del sistema agropecuario cubano y principalmente en el sector cooperativo y campesino, tiene como objetivo general contribuir al desarrollo sostenible de la agricultura desde una perspectiva ambientalmente sana. De manera que se trata de potenciar así, el conocimiento de dicha legislación aplicada a la producción agropecuaria con el fin de hacerle conciencia a los productores sobre la necesidad de practicar una agricultura sostenible.

Con respecto a los contenidos curriculares, Gómez Moliné y Reyes Sánchez (2004), consideran que, para educar para una Tierra sostenible en el tiempo y en el espacio, se debe capacitar a las personas para tomar decisiones coherentes con modelos de vida respetuosos con el medio ambiente y con la diversidad de culturas y personas. La sensibilización hacia la problemática ambiental requiere pasar por la percepción directa del problema y también de las posibles alternativas. (GIUFFRÉ, FORMENTO y RATTO, 2007: 80)

Sin embargo, aprovechar una oportunidad de desarrollo agrícola no solo implica producir buenos alimentos y satisfacer las demandas de la sociedad, también es, explotar los medios naturales de manera sostenible y eficaz, sobre la base de la



conciencia ambiental, teniendo en cuenta que el futuro de la existencia humana depende del impacto positivo o negativo, que por la acción del hombre sufra la naturaleza y en especial el componente suelo. Este tema vertebral refiere la posición adoptada por Cuba, que se encamina al empleo de vías para alcanzar un desarrollo agrícola con matices en la conservación del Medio Ambiente.

## MARCO LEGAL DEL COMPONENTE AMBIENTAL SUELO EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL CUBANA. INCIDENCIA EN LA NORMATIVA VIGENTE DEL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE.

El profesor Pietro Romano (2007) identifica con precisión los factores internacionales más importantes que han impactado al Derecho Agrario desde los polos comunitario e internacional, a saber: primero el ambiente, perfilado para el Derecho Agrario como agricultura sostenible; segundo, los mercados donde los productos de la agricultura son más que mercancías, son alimentos, cultura y valor agregado; tercero, el comercio mundial, donde se pasa del ámbito comunitario al internacional; y, por último, la tutela de los derechos humanos que pondera la situación del productor pero en especial del consumidor para consolidar la agricultura sostenible.

El concepto de desarrollo sostenible presente en la Ley cubana de Medio Ambiente No. 81 del año 1997, requiere debido a la importancia que se le confiere para la protección del medio ambiente, en todos sus componentes donde se incluye la tierra, la correcta utilización de la tecnología y de las investigaciones encauzadas en este sentido. Se debe recordar que los adelantos tecnológicos podrán coadyuvar a la protección del entorno utilizando sus elementos, de manera más racional y adecuada, o por el contrario agredirlos de una manera más directa.

En tal sentido, la actuación dependerá de la postura que asuman los operarios normativos en concordancia con su escala de valores y la política estatal trazada al respecto. No obstante, en cuanto a la protección del componente suelo en Cuba, se aprecia que a consecuencia de este régimen de explotación, las prácticas agrícolas no adecuadas derivadas de la utilización excesiva de agentes químicos contaminantes y de tecnología atrasada, se manifiestan también en la incidencia de la degradación<sup>1</sup>.

La producción, la industrialización y la comercialización de productos agrícolas, vegetales o animales, deberá conducirse, biológica y económicamente, bajo

---

<sup>1</sup> Degradación de los suelos: Esta es la modificación de las características físicas y químicas de los componentes del suelo, producto de acciones antropogénicas o naturales, que provocan una pérdida en los niveles de fósforo, nitrógeno, potasio, carbono y otros, a consecuencia de lo cual el suelo pierde su fertilidad.

cánones de excelencia controlados para reunir todos los requisitos de calidad que se exigen para ingresar en los mercados agroalimentarios. La producción agrícola, en consecuencia, debe ser programada y planificada en función de un consumidor más refinado y exigente, porque el origen, la presentación, y, sobre todo, la calidad de los productos, privilegian o desacreditan su consumo (ZELEDÓN, 2004: 31).

Así, prácticas habituales como la quema de matorrales han producido y producen impactos duraderos e irreversibles, como: la destrucción de la materia orgánica y la microestructura del suelo, la erosión y la pérdida de fertilidad en la mayor cantidad de los casos. Siendo la quema uno de los métodos más utilizados en Cuba para la erradicación del marabú.

Los adelantos tecnológicos devendrán en herramientas facilitadoras teniendo en cuenta que cuando cambia el instrumento, se transforma el conocimiento y con ello la práctica; de cualquier forma que se presente el cambio de la realidad hay que adaptarse a mirar el mundo desde una perspectiva sociocultural e histórico-concreta. De esta forma, se tendrán que aplicar con los recursos propios y de la manera más eficiente, los escasos adelantos científicos con que cuenta el sector agropecuario cubano para adquirir alimentos desde una utilización racional y sostenible de las tierras.

El punto polémico de las reflexiones podría estar en cómo lograr una agricultura sostenible en un marco de relaciones de producción en que coexiste una diversidad de sujetos agrarios provistos de concepciones heterogéneas, y donde las fuerzas productivas no acompañan los requerimientos de una agricultura de nuevo tipo que priorice la dimensión social. De esta forma, sería recomendable un enfoque integral que tome en consideración los aspectos económicos, políticos, culturales y ecológicos, a modo de acercarse a una excelente opción para el país con relación a las nuevas normativas internacionales de la materia.

Si bien el régimen jurídico de los suelos contaminados ha sido reglamentado con algunos ordenamientos jurídicos de países industrializados desde hace ya algunas décadas, todavía hoy se habla, al referirnos a este fenómeno, de “nuevas formas de polución”, de “males misteriosos”, de “fantasmas inquietantes”, etcétera. En efecto, los problemas asociados a los suelos contaminados afectan a todos los vectores ambientales: el aire, el agua y el suelo. La atmósfera se ve afectada como consecuencia de emanaciones de productos volátiles tóxicos situados en el suelo. La polución se infiltra en el suelo, alcanzando mediante su migración y lixiviación a las capas freáticas; además, los residuos tóxicos contienen generalmente compuestos poco biodegradables, muy persistentes en el suelo; todo ello conlleva en el momento de afrontar el saneamiento o descontaminación de estos emplazamientos, dificultades técnicas de todo tipo y costes faraónicos (LOSTE, 2002: 156).

En la citada Ley 81 de 1997 no aparece un concepto expreso del componente suelo y producto de las conciliaciones realizadas con los Órganos y Organismos de la Administración Central del Estado, se acordó que el concepto pasara a formar parte del glosario de términos que debía acompañar a la normativa. Conforme a lo dispuesto en la disposición especial cuarta, al derogarse la Ley 33 de 1981, nos encontramos ante una laguna jurídica, pues no existe el instrumento legal que defina de manera expresa qué se entiende por suelo, y menos de su regulación encaminada a lograr una explotación bajo el amparo del principio de desarrollo sostenible (COLECTIVO DE AUTORES, 2007: 168).

El Capítulo V del título sexto de la mencionada disposición legal, está dedicado a establecer las ordenanzas respecto al uso, explotación, prevención y el control de la contaminación de los suelos. Disponiendo en el Artículo 106 la obligatoriedad que tiene toda persona (natural o jurídica), que tenga a su cargo el uso o explotación del suelo, de realizar esta actividad de forma compatible con las condiciones naturales de los mismos, sin alterar el equilibrio de los ecosistemas; así como tomar las medidas correspondientes para evitar la erosión, la salinización y otras formas de degradación.

El Artículo 108 está dedicado a establecer las disposiciones que en materia de prevención y control de la contaminación de los suelos tienen que cumplir los Órganos y Organismos, donde se destaca el inciso c) sobre la protección que se extiende a terrenos dedicados a fines diferentes de la producción agropecuaria, minera o forestal, invistiendo como autoridad responsable al Ministerio de la Agricultura. De manera que a este respecto se le atribuyen un grupo de funciones que se relacionan en el Artículo 4, y se establece que actuará, en coordinación con el Ministerio de la Industria Básica, Ministerio de la Industria Azucarera y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, y el resto de los Órganos y Organismos competentes.

Donde en su Artículo cinco, además se determina que el Ministerio de la Agricultura será el organismo encargado de coordinar con los interesados, con vistas a decretar las normas adecuadas de explotación del suelo, cuando los fines de estos no sean el de explotación agropecuaria.

Referencia especial en la materia que nos ocupa merece el Decreto No. 179 sobre Protección, Uso y Conservación de los Suelos y sus Contravenciones, que señala como sus principales objetivos (COLECTIVO DE AUTORES, 2007: 169):

- Establecer el control sobre el uso, la conservación y el mejoramiento y la rehabilitación de los suelos.
- Determinar el orden de utilización de los suelos, su control y levantamiento cartográfico, así como su caracterización y clasificación.

- Conservar y proteger la fertilidad de los suelos agrícolas y forestales.
- Determinar las contravenciones personales y las medidas administrativas a imponer por las violaciones de las disposiciones de este Decreto.

Esta normativa también define lo referente a la explotación de los suelos bajo el principio de racionalidad, conservación y protección contra todas las formas de degradación, así como de actos o efectos que puedan perjudicarlos. En este sentido, hace referencia en su apartado 18 al principio ambiental de quien contamina paga, al determinar que las cantidades a pagar para las actividades de conservación y rehabilitación de los suelos, se incluirán dentro del presupuesto de la inversión en cuestión de que se trate o como parte de los costos de explotación.

Esta política se propone diversificar los sistemas de producción para lograr el máximo de eficiencia en el uso de los recursos locales y, a su vez, reducir los riesgos ambientales y ecológicos. Esto a su vez deberá permitir la creación de fuentes de empleo. Porque la diversificación puede ofrecer nuevas opciones, tanto dentro como fuera de las empresas agrarias, a través de la actividad de producción y las conexas a ésta de transformación, industrialización y comercialización de productos agrícolas (ZELEDÓN, 2004: 32).

Sin embargo, en ninguna parte de tan importante normativa se regula de manera especial el uso de la tierra bajo el beneficio de lograr una agricultura ecológica, marcada bajo la incidencia directa del principio de desarrollo sostenible. A tal punto, que ni siquiera mediante esta norma complementaria de carácter administrativo, se podría suplir tal laguna jurídica presente en la normativa vigente cubana.

## **LA RUTA HACIA UNA AGRICULTURA ECOLÓGICA EN CUBA, MARCADA POR LA SOSTENIBILIDAD DE SU DESARROLLO**

La intensificación de la producción agrícola se realiza con el objetivo de alcanzar dos metas: por una parte, atender a la demanda de productos básicos para garantizar la seguridad alimentaria, así se pretende asegurar el mercado y a su vez, lograr una mejora importante del derecho de la población a recibir suficientes alimentos correspondientes a sus hábitos culturales. La otra meta sería concebir una agricultura sostenible, plurifuncional, ubicada territorialmente en las áreas aptas para la producción y no en la extensión a tierras marginales o la invasión de ecosistemas frágiles. Porque el uso de insumos para mejorar la productividad aumenta las tensiones ambientales y las fluctuaciones del mercado (ZELEDÓN, 2004: 31).

La agricultura es la actividad económica que más se relaciona con los suelos y la tierra es el objeto principal de la misma. Es por ello que todo el conjunto de

técnicas que forman parte de esta actividad van encaminadas principalmente al cultivo más eficaz de los suelos.

Engloba los diferentes trabajos de tratamiento a este elemento natural, obteniendo productos aprovechables como alimentos. La conservación y uso sostenible de los suelos constituye por tanto un comportamiento vital a tener en cuenta, debido a la necesidad imperiosa que tiene el hombre de obtener los frutos de la tierra.

En el sector agropecuario, de especial significación para el ordenamiento medioambiental en Cuba, a raíz de la creación de las unidades básicas de producción cooperativa y el régimen de otorgamiento de usufructo de tierras a particulares, se han manejado cambios en la tenencia y explotación de la tierra que complejizan el tramado de relaciones y elevan los potenciales de conflictividad en dicho sector (COBO, 2000: 16).

Entre los principales problemas contemplados en la estrategia se señalan: la degradación de los suelos, el saneamiento y las condiciones ambientales en asentamientos humanos, la contaminación de aguas terrestres y marinas, la deforestación y la pérdida de diversidad biológica (FERNÁNDEZ, 1997).

La cultura tradicional agraria es mucho más que un compendio de técnicas más o menos ancestrales, es la integración del saber hacer en la tierra con las necesidades y recursos de la zona, el perfecto conocimiento de las particularidades locales y la cuidadosa selección de las interacciones entre animales y vegetales, tanto domésticos como silvestres, las personas y el medio. En definitiva es la cultura popular acumulada por una generación que se va traspasando con el transcurrir del tiempo.

La agricultura ecológica, o sus sinónimos orgánica o biológica, muy relacionada con la utilización óptima de la tierra y los adelantos científicos con que contamos, es un sistema para cultivar una explotación agrícola autónoma, basada en la utilización inmejorable de los recursos naturales, sin emplear productos químicos de síntesis, u organismos genéticamente modificados, logrando de esta forma que se obtengan alimentos orgánicos, conservando a la vez la fertilidad de la tierra y la sostenibilidad equilibrada del medio ambiente (SCOBIE, 2001).

Los principales objetivos de la agricultura ecológica son: trabajar con los ecosistemas de forma integrada; mantener y mejorar la fertilidad de los suelos; producir alimentos libres de residuos químicos; utilizar el mayor número de recursos renovables y locales; conservar la diversidad genética del sistema y de su entorno; evitar la contaminación a resulta de las técnicas agrarias; permitir que los agricultores realicen su trabajo de forma saludable.

La agricultura ecológica recupera la cultura agrícola y campesina, mantiene la identidad y valorización de las técnicas agropecuarias por parte de los agricultores, al respetar y aprovechar los conocimientos heredados. Así, se mantienen y recuperan las variedades de razas autóctonas apropiadas a las condiciones de cada zona, se adaptan los ciclos de cultivo determinados por el clima y el suelo de cada lugar, y se aprovechan las nuevas herramientas sin desestabilizar el sistema.

Esta concepción del cultivo posibilita llevar a cabo un desarrollo alimentario como parte de la explotación del recurso natural tierra, en equilibrio directo y obligatorio con la protección del medio ambiente. Se trata de utilizar los adelantos de la ciencia y la técnica, pero siempre evaluando sus incidencias y efectos en los recursos naturales que componen el medio natural.

En el territorio nacional cubano fueron introducidas algunas medidas para restaurar la capacidad de producción de los suelos, las cuales estuvieron basadas en el empleo de fertilizantes químicos y el riego. En un principio tales providencias lograron los objetivos y aparentemente restauraron las capacidades de producción de los suelos, pero el desconocimiento y empleo desmedido de las mismas fueron acumulando impactos negativos que con el transcurso de los años originaron fenómenos tales como la salinización de los suelos, la acidificación, entre otros (COLECTIVO DE AUTORES, 2012).

Las transformaciones que se han aplicado en la agricultura en los últimos 20 años en Cuba han sido innumerables, sin embargo los resultados no se corresponden con las expectativas; la respuesta en términos productivos a los cambios institucionales y a la creación de mecanismos de mercado, con sustento en la protección del medio ambiente, aún son insatisfactorios.

Lo anterior se refleja en el lento crecimiento de la producción de alimentos, los bajos niveles de rendimiento agrícola, el exiguo aprovechamiento de las tierras y en general la débil respuesta en términos de eficiencia y competitividad. La cifra de más de 6,5 millones de hectáreas de superficie agrícola (COLECTIVO DE AUTORES, 2012), que equivale a media hectárea por habitante, es muestra fehaciente de las amplias posibilidades objetivas que existen para la satisfacción de la estabilidad alimentaria, y que se desaprovechan a diario.

Lograr el aprovechamiento íntegro y bajo el principio de desarrollo sostenible del manejo de los recursos naturales del sistema agrario cubano, debe ser la solución, del punto de partida del análisis de cómo lograr una agricultura ecológica en las condiciones actuales del país. En un marco de relaciones de producción en que conviven una diversidad de sujetos agrarios provistos de concepciones heterogéneas, y donde las fuerzas productivas no acompañan los requerimientos de una agricultura de nuevo tipo, que priorice la dimensión social desde un enfoque

integral y que tome en consideración los aspectos económicos, políticos, culturales y ecológicos.

## CONCLUSIONES

Los análisis realizados demuestran que para alcanzar el desarrollo de una agricultura sostenible en Cuba, es necesario contar con aspectos estratégicos que permitan su funcionamiento, relacionados con una combinación de conocimientos agrónomos y de sostenibilidad. Donde los especialistas del Ministerio de la Agricultura deben participar de manera activa en los estudios relacionados con la explotación del componente suelo y sus impactos medioambientales, creando las condiciones para que las tierras sean cultivadas desde el paradigma del sustento de una agricultura ecológica.

Los agricultores en Cuba deben primero capacitarse en los temas que de manera general infieren en la protección del componente suelo, y luego emplear esta cultura de sostenibilidad en su desempeño profesional.

Se debe controlar sistemáticamente, por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), la explotación de los suelos en las Cooperativas de Producción Agropecuarias (CPA) para velar por su correcto uso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cobo, Rodolfo. (2000). "La justicia ambiental ante las Salas de la Económico en Cuba". *Revista Cubana de Derecho*, No. 15, pp. 15-22. Cuba.
- Colectivo de Autores. (2007). *Derecho Ambiental Cubano*. La Habana: Félix Varela.
- \_\_\_\_\_. (2012). "La familia campesina: baluarte de la Revolución Cubana". Proyecto institucional de la Universidad de Matanzas "Camilo Cienfuegos Cuba". Dra. C. Edith González Palmira, Jefe de Proyecto. Material en soporte electrónico obtenido en el CEMAM de la Universidad.
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley de Medio Ambiente, Ley No. 81/1997 del 11 de julio. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, Año XCV, No. 7. La Habana.
- Cuba, Consejo de Ministros, Decreto Ley No. 179/1993 del 2 de febrero, "Protección, uso y conservación de los suelos y sus contravenciones".
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley No. 33/1981 del 10 de enero. Ley de Medio Ambiente derogada.
- Fernández, Modesto. (1997). "Política Ambiental cubana: reflexiones para un desarrollo sostenible". *Cuba Socialista*, No. 6, Vol. 3. Cuba.
- Giuffré, Lidia, Formento, Susana y Ratto, Silvia. (2007). "Transversalidad de conceptos de educación

- ambiental para un desarrollo sostenible presentes en la legislación argentina". *Ciencia Suelo*, No. 1, Vol. 25, pp. 75-80. Argentina.
- Gómez Moliné, M. R. y Reyes Sánchez, L. B. (2004). "Educación ambiental, imprescindible en la formación de nuevas generaciones". *Terra*, No. 4, Vol. 22, pp. 515-522.
- Gurtner, Jean-Luc, Flückiger, Federico, Müller, Lorenz, Rueger, Danièle y Zahnd, Jean. (1998). "Nuevas tecnologías, educación y formación. Un esfuerzo necesario de adaptación a los cambios sociales". *Revista Española de Educación Comparada*, No. 4, pp. 51-67. España.
- Loste, Juan Antonio. (2002). "Mecanismos legales para la protección del Medio Ambiente". *ICE*, No. 800. España. En: [www.revistasice.com/.../ICE\\_800\\_149-159\\_\\_3A75A98905B2A3DF739](http://www.revistasice.com/.../ICE_800_149-159__3A75A98905B2A3DF739) [Consultado el 14 de enero de 2013].
- Mestre, Ramón. (2013). "Marco Jurídico de la Protección Ambiental". Administración Ecológica. México. En: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/87/trb/trb3.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/87/trb/trb3.pdf) [Consultado el 17 de diciembre de 2012].
- Prieto Romano, Orlando. (2007). *Derecho agrario comunitario e internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Römbke, Breure, Mulder & Rutgers. (2005). Legislation and ecological quality assessment of soil: implementation of ecological indication systems in Europe. *Ecotoxicology and Environmental Safety*, No.62, pp. 201-210. Alemania.
- Scobie, Gran M. (2001). "Agricultura sostenible y liberación comercial". En: <http://www.agendaorganica.cl/Porganica3.asp> [Consultado el 20 de enero de 2013].
- Zeledón Zeledón, Ricardo. (2004). *Estado del derecho agrario en el mundo contemporáneo*. San José: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.



## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Gualteros, Martha Viviana y Hurtado, Enrique. (2013). "Revisión de las regulaciones e incentivos para el uso de las energías renovables en Colombia". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 209-224. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 1 de abril de 2013  
Aprobado el 9 de junio de 2013

# REVISIÓN DE LAS REGULACIONES E INCENTIVOS PARA EL USO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN COLOMBIA

MARTHA VIVIANA GUALTEROS\*

ENRIQUE HURTADO\*\*

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

## RESUMEN

Dada la importancia actual de las investigaciones sobre el cambio climático, los compromisos en relación con las acciones dirigidas a la mitigación y adaptación para hacer frente a las consecuencias de este fenómeno, así como el nuevo marco regulatorio que debe ser implementado por los países, surgen alternativas energéticas, tales como las energías renovables. En este sentido y reconociendo el potencial que tiene Colombia en relación con las fuentes de energía, este estudio tiene como objetivo analizar las políticas existentes en el país a fin de determinar si son suficientes para garantizar una adecuada promoción y desarrollo de las energías renovables, especialmente en el sector energético colombiano, y las barreras actuales que existen en estos procesos.

**PALABRAS CLAVE:** Energía renovable, regulación energética, política energética, fuentes no convencionales de energía.

---

\* Ingeniera Electricista de la Universidad Nacional de Colombia, estudiante de Maestría en Ciencias Económicas de la misma institución. Integrante del Grupo de Investigación en Ciencias Económicas CIE de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: martha.gualteros@unimilitar.edu.co

\*\* Administrador de Empresas egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Administración. Docente de la Universidad Militar Nueva Granada y director del Grupo de Investigación en Ciencias Económicas CIE de la misma institución. Correo electrónico: enrique.hurtado@umng.edu.co

## REVIEW OF THE REGULATIONS AND INCENTIVES FOR THE USE OF THE RENEWABLE ENERGY IN COLOMBIA

### ABSTRACT

Known the present importance given to research regarding climate change, the commitments in relation to actions directed to the mitigation and adaptation in order to face the consequences of this phenomenon, as well as the regulatory framework that must be implemented by each country, energy alternatives emerge such as renewable energy. In this regard and recognizing the potential Colombia has in relation to energy sources, this study aims to analyze the existing policies in the country in order to determine whether they are sufficient to ensure adequate promotion and development of renewable energy especially in the Colombian energy sector, and the barriers that exist in these processes.

**KEY WORDS:** Renewable energy, energy regulation, energy policy, non-conventional sources of energy.

## INTRODUCCIÓN

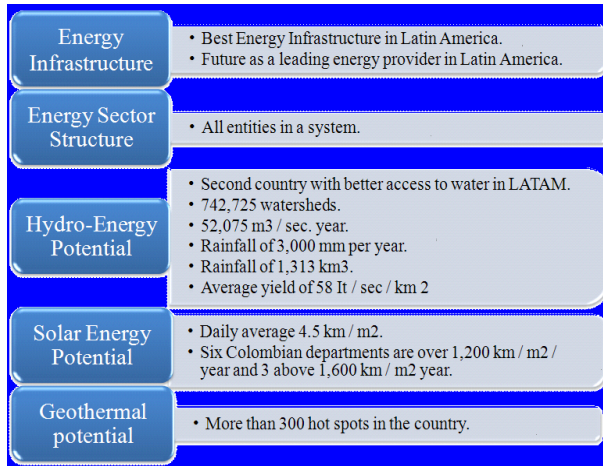
En cuanto al uso de tecnologías limpias en el sector energético, Europa es sin duda la región que está a la vanguardia, seguida de Asia con China e India como líderes y de América del Norte con Estados Unidos en primer lugar, a pesar de ser uno de los países más dependientes de los combustibles fósiles. Por último figuran las regiones en desarrollo como África y América Latina pero tienen dificultades en la implementación de energías alternativas, debido a las bajas tasas de crecimiento económico y los problemas sociales que enfrentan internamente. En este escenario hay que resaltar que los cambios que se puedan dar en términos energéticos en los países desarrollados pueden redirigir el futuro energético mundial, pues afectan las decisiones en los países en vías de desarrollo como Colombia.

Reconociendo el potencial que tiene Colombia en energías renovables, tanto por su ubicación geográfica como por los recursos disponibles, es importante determinar si la reglamentación existente y las políticas de adaptación aseguran una adecuada promoción, producción y desarrollo creativo de las energías renovables en el sector energético colombiano, proporcionando un acceso confiable y asequible a los servicios de energía y garantizando la estabilidad de precios. Todo esto a partir de un análisis de los aspectos legales como incentivos, impuestos, entre otros.

Para cumplir con este objetivo, se revisó el actual Plan Nacional de Energía en el que se establecen las directrices de la política energética colombiana, así como los acuerdos internacionales que se ha suscrito el país con el fin de analizar los efectos que tienen sobre la política energética. Además, se realizó un análisis de los programas, planes, leyes y decretos que están involucrados en la planificación, implementación y operación de proyectos de energía, como la Ley 697 de 2001, comúnmente llamada Ley URE (Uso Racional de la Energía), entre otros.

## ENERGÍAS RENOVABLES EN COLOMBIA

Debido a su posición geográfica Colombia posee ventajas estratégicas en el mercado de la energía, principalmente por su alta biodiversidad y los recursos naturales, lo que permite la explotación de estos recursos en un marco de alta calidad. En este sentido, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo –MinCIT–, junto con el Instituto de Turismo, Inversión y Promoción de las Exportaciones –Proexport–, presentaron en mayo de 2009 (MINCIT y PROEXPORT COLOMBIA, 2009), algunos resultados sobre el potencial eléctrico de Colombia, que se resumen en la Figura 1.



Fuente: MinCIT y Proexport Colombia (2009).

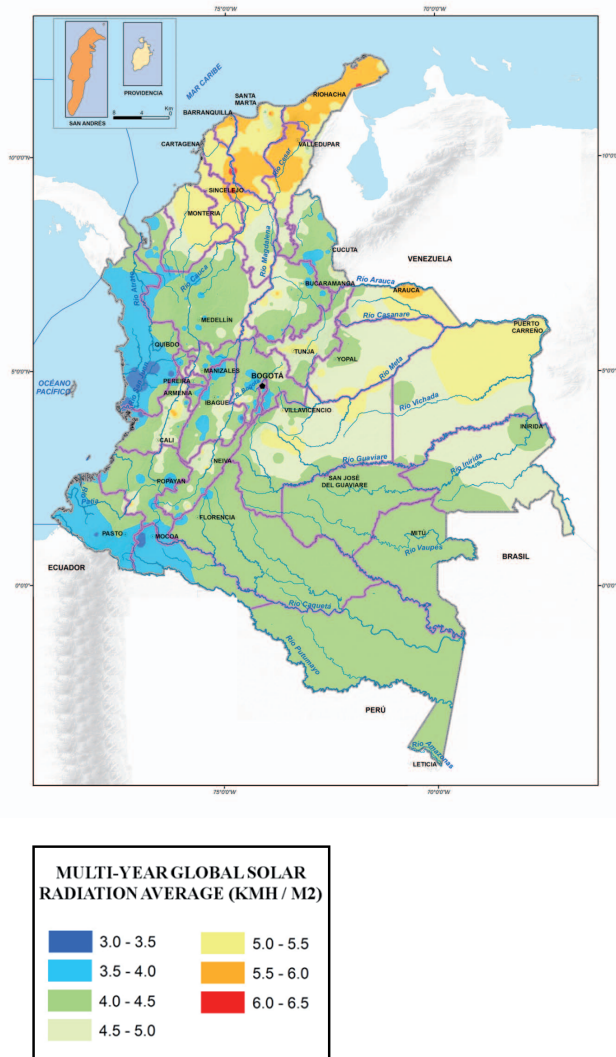
**Figura 1.** Potencial eléctrico colombiano.

Sin embargo, el documento “Comunicación sobre el Cambio Climático II” (BARBA et al., 2009) muestra una baja participación de las fuentes de energía no convencionales –FNCE– en el sistema energético nacional, debido a los siguientes argumentos: 1) que no son competitivos en las Zonas No Interconectadas –ZNI– porque la inversión inicial necesaria para este tipo de energía es alta; 2) la disponibilidad intermitente de estos recursos, como en el caso de la energía solar o la energía eólica, ya que pueden ser impredecibles y por lo tanto poco confiables. De acuerdo con lo anterior, queda claro que el mayor problema para la ejecución de programas, proyectos o planes es la consecución de recursos financieros; otras barreras que se pueden encontrar son la difusión de la información, los altos costos de la tecnología y la falta de consolidación de las estrategias de sostenibilidad.

El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales –IDEAM– y la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME– han desarrollado el atlas llamado “Energía Eólica en Colombia” y “Radiación Solar en Colombia”. El primero muestra la distribución espacial del viento y el potencial eólico en Colombia, con el objetivo de exponer la disponibilidad de los recursos de energía eólica. El segundo establece el valor promedio de la radiación solar global de brillo, y la radiación ultravioleta solar incidente sobre una superficie por metro cuadrado. El objetivo es identificar las áreas estratégicas favorables para la utilización de la energía solar en Colombia (BARBA et al., 2009).

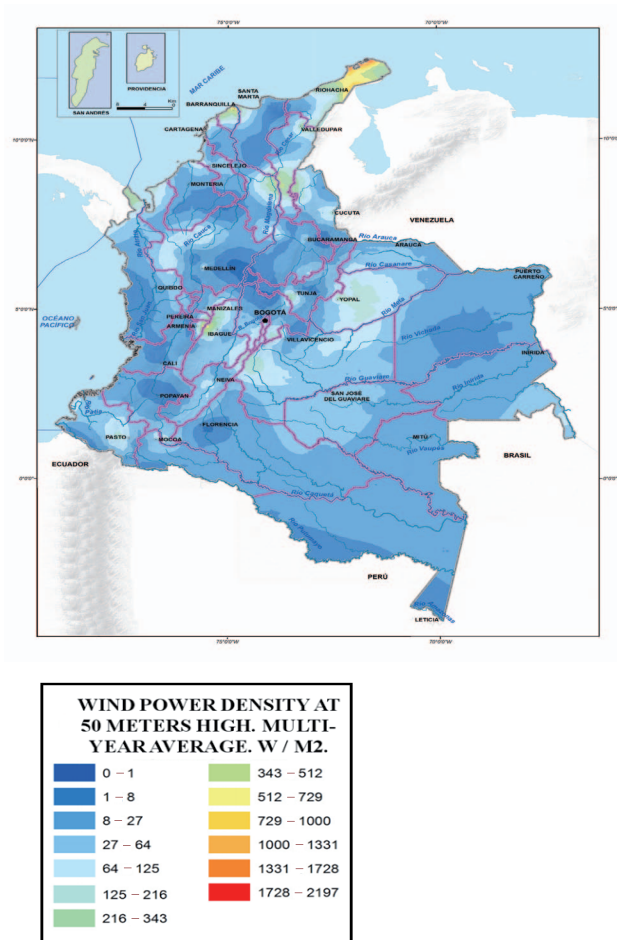
Otro aspecto importante es el potencial de generación de energía a lo largo de la costa colombiana utilizando las corrientes de marea. Este tipo de energía requiere

una tecnología avanzada en comparación con la tecnología existente con el fin de aprovechar eficientemente la fuente de energía. Los estudios de la costa del Pacífico colombiano han podido establecer varias bahías con gran potencial de generación de electricidad por las corrientes como: Punta Catripe, Boca Chavica, Bocana el Raposo, Bahía del río Naya (POLO, RODRÍGUEZ y SARMIENTO, 2008).



Fuente: Barba et al. (2009).

**Figura 2.** Radiación solar promedio (kWh/m<sup>2</sup>).



Fuente: Barba et al. (2009).

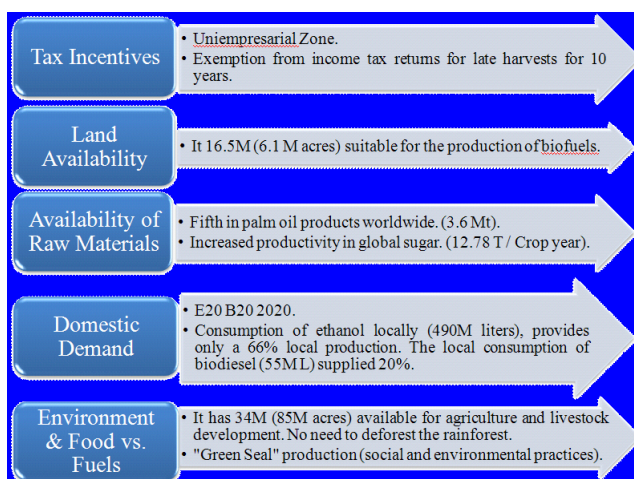
**Figura 3.** Densidad promedio de energía solar a 50 metros de altura (W/m<sup>2</sup>).

Por otro lado y aunque Colombia siempre ha estado a la vanguardia en el uso de la energía hidroeléctrica, esta forma de generación de electricidad ha causado algunos problemas ambientales, principalmente reflejados en el desplazamiento de personas y la pérdida de biodiversidad por la inundación de grandes áreas (POLO, RODRÍGUEZ y SARMIENTO, 2008). En el sector de la energía hidroeléctrica también se tienen las pequeñas centrales hidroeléctricas, las cuales participan de muchos de los proyectos de Mecanismo de Desarrollo Limpio –MDL– en el país. Entre los más destacados de América Latina (CANSECO, 2010) figura el proyecto llamado “Movimiento del Sistema Interconectado Nacional por la auto-generación

de energías renovables en la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, que ha sido desarrollado por Servicios Públicos de Cali –Emcali–, empresa colombiana. Este proyecto consiste en la generación de electricidad a partir de residuos de la planta de tratamiento de agua para el consumo interno.

Además, es necesario considerar que en Colombia el mercado de los biocombustibles ha estado en auge en la última década, lo que se evidencia en los amplios sectores de plantación de palma aceitera y caña de azúcar para la producción de biodiesel. Estas nuevas plantaciones pueden aumentar la tasa de empleo rural y las oportunidades, sin embargo, se debe prestar especial atención en las plantaciones tradicionales, ya que el mercado local de alimentos no puede ser desatendido. Por ello una de las propuestas es que los gobiernos locales fomenten el cultivo de nuevos productos utilizables para la producción de biocombustibles como la yuca, jatrofa o piñón (INFANTE, 2007).

Por otro lado, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, junto con Proexport (MINCIT y PROEXPORT COLOMBIA, 2009) presentaron las razones por las cuales es aconsejable invertir en Colombia, específicamente en el campo de las tecnologías limpias. Este informe destaca las ventajas comparativas de Colombia especialmente en el sector de los biocombustibles. Algunos de los beneficios se describen en la Figura 4.



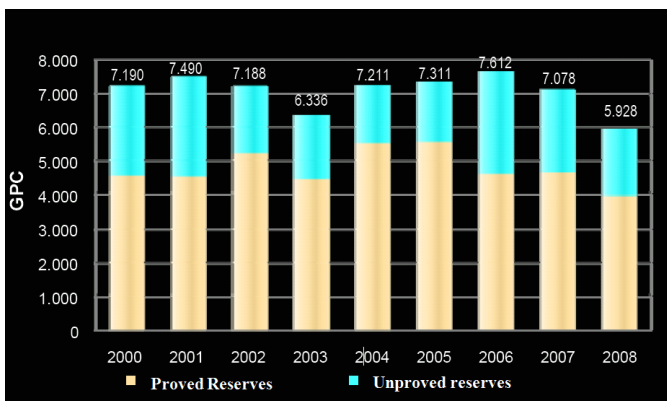
Fuente: MinCIT y Proexport Colombia (2009).

**Figura 4.** Beneficios de los biocombustibles.

El documento (MINCIT y PROEXPORT COLOMBIA, 2009) también incluye beneficios fiscales, como la exención del IVA y la exención de la tasa global de combustible para los biocombustibles mezclados con combustibles fósiles, así como la exención de impuestos a todos los cultivos de tardío rendimiento como: palma aceitera, caucho, cacao, cítricos y frutales.

En este sentido (INFANTE, 2007) se indica que la viabilidad económica de los biocombustibles depende de cómo el gobierno colombiano utiliza su capacidad de maniobra en la fijación del precio interno de biodiesel, lo que debería influir en el precio interno de aceite usado como materia prima. Si no se siguen estas recomendaciones, la rentabilidad de los productores puede no ser la esperada ocasionando un cambio en el portafolio de inversión en detrimento de las energías renovables.

Además, la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL– (MINMINAS y UPME, 2009) informó sobre las reservas de gas natural de 7.078 GPC a 31 de diciembre de 2007. La Figura 5 muestra los detalles:



Fuente: MinMinas y UPME (2009).

**Figura 5.** Reservas de gas.

El documento anterior (MINMINAS y UPME, 2009) explica que Colombia tiene dos campos productores principales: Chuchupa en La Guajira y Cusiana en los Llanos Orientales, que apoyan esencialmente la demanda de gas del país, aunque hay además otros campos productores más pequeños en Santander, Huila y Tolima.

Pero estos no son los únicos tipos de energías existentes. También se cuenta con el hidrógeno como fuente de energía no convencional bajo el estudio de la Asociación Colombiana de Hidrógeno y otras Energías Limpias –AcoHidrógeno–, entidad responsable de: 1) Promover el estudio y la investigación de energía limpia



renovable especialmente la energía de hidrógeno. 2) Apoyar el desarrollo de carreras universitarias en el campo de la energía limpia. 3) Fomentar la investigación y el trabajo académico en el hidrógeno y las energías limpias. 4) Reducir la dependencia de los combustibles fósiles. 5) Proponer la creación de incentivos para el desarrollo de energías limpias. 6) Promover la inclusión de hidrógeno y la energía limpia en los planes energéticos del país (BARBA et al., 2009).

Por otro lado, se pueden identificar tres aspectos importantes que el gobierno colombiano debe tener en cuenta para el desarrollo de nuevas fuentes de energía renovables (RODRÍGUEZ, 2008): a) la diversificación de la matriz energética nacional, b) los graves problemas ambientales derivados del uso de combustibles fósiles, y c) la necesidad de llegar a las zonas aisladas del país. Además, hay tres elementos esenciales que deben existir en la consecución de los recursos energéticos renovables:

- 1) Política: el análisis de los obstáculos y las posibles soluciones, sus objetivos de desarrollo y los recursos implicados en la actual legislación y los incentivos fiscales.
- 2) Desarrollo de competencias: convocar a la academia, a los investigadores, a las empresas y a las autoridades a participar en la construcción de las políticas energéticas del país.
- 3) Desarrollo de proyectos: formulación de pre-proyectos de inversión, monitoreo y seguimiento a fin de evaluar los posibles resultados.

Una de las ventajas arancelarias a destacar en relación a las energías renovables está consagrada en el Artículo 207-2 del Estatuto Tributario colombiano, que en el párrafo primero establece que la venta de la energía generada sobre la base de la energía eólica, la biomasa y los residuos agrícolas está exenta del impuesto sobre la renta. Para obtener este beneficio es necesario tramitar, obtener y vender certificados de emisiones de carbono –CER’s–, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Protocolo de Kyoto y destinar al menos el 50% de las ganancias de la venta de estos certificados de emisión en obras de beneficio social para la región.

El Ministerio de Educación, a través del mecanismo denominado “Centro Virtual de Noticias –CVN–” (MINEDUCACIÓN, 2011) de su sitio web oficial, ha publicado un artículo titulado “Colombia, una potencia en energías alternativas”, del cual se destaca lo siguiente: “En Colombia, la producción de energía primaria proviene de energía hidroeléctrica gracias a la abundancia de agua en la mayor parte del país, y de los combustibles fósiles en un segundo lugar”. Además, en Colombia se tienen áreas favorables para el desarrollo de energías alternativas o renovables, como se muestra en la Tabla 1.

**Tabla 1.** Áreas favorables para el desarrollo de energías renovables en Colombia

Type of energy	Major area of the country of use
Solar Energy	Magdalena, La Guajira, San Andrés and Providencia.
Wind Energy	The northern part of the country, as in La Guajira, where EPM of Medellín launched the first wind farm called “Jepirachi” with 15 wind turbines that provide 19.5 megawatts.
Biomass Energy	The Santanderes, the eastern plains and the Atlantic Coast. Likewise, studies confirm that cane bagasse and rice husks annually generate 1.5 million tons and 457,000 tons respectively over.
Hydropower	To generate, this energy should build dams, which may include diversion of the course of rivers, flooding of arable land and displacement of people. On the other hand, they affect wildlife habitats and fish can die caught in the turbines.
Ocean Energy	Colombia, according to UPME, has an estimated potential in the 3000 km coast of Colombia to 30 GW.
Geothermal Energy	Volcanoes Chiles - black hill, volcano Azufral in the department of Nariño, The Nevados National Park and the geothermal area Paipa-Iza (Boyacá).

*Fuente:* MinMinas y UPME (2009).

## MARCO REGULATORIO

### A) Leyes 142, 143 de 1994 y Ley 1215 de 2008

El punto de partida de la legislación vigente en materia de energía, es la Ley 142 de 1994, que estableció el sistema de servicios públicos. El Artículo 175 se refiere a la generación de estímulos por parte del gobierno para los usuarios que consumen gas combustible en particular, con el objetivo de atender el uso de fuentes alternativas de energía. Además en el Artículo 74, y como parte de las características especiales

de las comisiones de regulación, asignadas a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG–, se describen funciones para emitir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad, uso eficiente de la energía y de gas combustible.

Por otro lado, la Ley 143 de 1994 –más conocida como “ley eléctrica”– establece el sistema para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el país. En el Artículo 2 esta ley delega al Ministerio de Minas y Energía, la tarea de definir los criterios económicos para la utilización de fuentes convencionales y no convencionales de energía en un marco eficiente y sostenible para el país, y también debe promover el desarrollo de estas fuentes y el uso racional y eficiente de la energía por los usuarios.

Por otra parte, la Ley 1215 de 2008 introduce una adición a la Ley 142 en relación con la generación de electricidad a través del proceso de cogeneración, que permite a los cogeneradores vender los excedentes de electricidad. Por esta razón la CREG es la entidad encargada de regular los requisitos y las condiciones técnicas.

La CREG también en el cumplimiento de las funciones asignadas por el Estado colombiano, a través de resoluciones como CREG 84 (CREG, 1996a), 85 (CREG, 1996b) y 86 (CREG, 1996c) de 1996, entre otras resoluciones, regula acciones tales como: la definición de la cogeneración y autogeneración, actividades de autogeneración de las empresas conectadas al Sistema Interconectado Nacional –SIN–, actividades de generación de plantas menores de 20 MW de potencia instalada conectadas al SIN, en el que se encuentran normalmente esquemas de generación distribuida como cogeneradores, por mencionar solo una forma de generación a partir de fuentes renovables.

## **B) Ley 697**

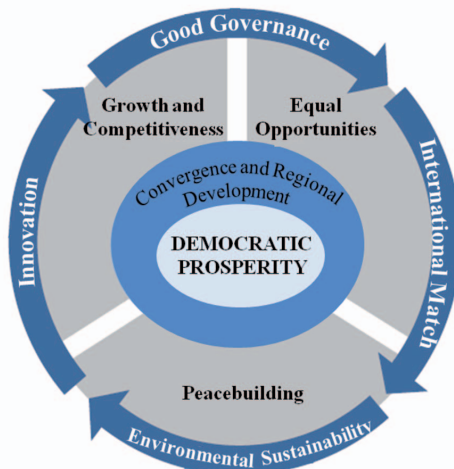
La Ley 697 de 2001, promueve el uso racional y eficiente de la energía y de las energías alternativas, dando prioridad a las Zonas No Interconectadas –ZNI–, según el Artículo 9. Esta Ley define como entidad responsable de la materia al Ministerio de Minas y Energía. Esta entidad también se encarga de diseñar el programa de “Uso Racional y Eficiente de la Energía –PROURE–”, creado por el Artículo 5 de la presente ley. El objetivo de este programa es garantizar que poco a poco la cadena energética cumpla con los niveles mínimos de eficiencia energética, sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias sobre medio ambiente y recursos naturales renovables.

En este documento también se destaca entre los estímulos, la creación de programas de investigación en Uso Racional y Eficiente de la Energía –URE– por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias–,

de acuerdo con la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991 en relación a la educación, a través del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior –Icetex– que proporciona préstamos para estudiantes interesados en tomar los programas educativos destinados a URE. También en esta ley, el gobierno tiene previsto diseñar incentivos para favorecer la importación o producción de bienes tecnológicos, intermedios y finales, que estén destinados a proyectos URE.

### C) El Plan Nacional de Desarrollo

Como se muestra en la Figura 6, el actual Plan Nacional de Desarrollo –PND 2010-2014– ha identificado ocho direcciones principales para lograr sus objetivos dentro de los cuales destaca la sostenibilidad del medio ambiente. Este eje se define a partir de la práctica de la sociedad colombiana de bienestar y el principio de equidad para las generaciones futuras. En este sentido, se requiere que el Estado promueva el desarrollo sostenible y prepare a la sociedad para hacer frente a las consecuencias del cambio climático (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN –DNP–, 2011).



Fuente: DNP (2011).

**Figura 6.** Ejes del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

Como estrategia de sostenibilidad ambiental y de mitigación del cambio climático, el gobierno fija en este documento, el desarrollo de una propuesta de transporte sostenible para el Medio Ambiente Mundial (Global Environment Facility –GEF–), cuyo objetivo es ayudar al Massachusetts Institute of Technology –MIT– en la estructuración de estrategias para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los diferentes sistemas de transporte (DNP, 2011).

Aunque el GEF tiene componentes de administración y gestión, el énfasis de la estrategia es promover el uso de combustibles limpios y la regulación de los aspectos que puedan llevar a la reducción de emisiones de fuentes móviles, esto con el fin de promover el uso de tecnologías de vehículos limpios, menos contaminantes. Además, el gobierno se ha comprometido a la estructuración de programas para el desarrollo sostenible del plan urbano de inversiones en transporte, según el Fondo de Tecnología Limpia (Clean Technology Found –CTF–) para Colombia, que fue aprobado por los países donantes del Fondo de Inversión Climática –Climate Investment Found– (DNP, 2011).

Como parte de la gestión ambiental del PND y de la locomotora de vivienda y ciudades amables, se proponen acciones para fomentar la eficiencia energética y las energías renovables en las viviendas.

En relación con el fortalecimiento, consolidación y expansión del sector eléctrico, el gobierno considera los aspectos del PND reguladores de la actividad de distribución de energía eléctrica y el desarrollo de tecnologías que fomenten una gestión activa de la demanda –DSM– y la prestación de servicios de valor agregado como redes inteligentes redes y la generación distribuida. Para ello, el Ministerio de Minas y Energía, así como la CREG están encargados de trabajar en estas soluciones.

Otra oportunidad importante que está surgiendo en relación con los recursos de energía renovable es el aumento de fondos para el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas –FAZNI– y de las subvenciones gestionadas por el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para Zonas No Interconectadas –IPSE–. Esto porque a pesar de los esfuerzos, la cobertura y la continuidad del servicio eléctrico siguen siendo bajas. Estas áreas del país, aunque aisladas por la dificultad de acceso, suelen ser ricas en recursos que podrían ser aprovechados para crear soluciones de energía alternativa a nivel local (DNP, 2011).

También en el PND (DNP, 2011), el gobierno se compromete a proporcionar los incentivos necesarios a las empresas que prestan el servicio de energía en las ZNI para aumentar la cobertura y mejorar la calidad del servicio. Una estrategia para lograr esto, es dar prioridad a la generación basada en energías renovables de acuerdo con las políticas de uso limpio y eficiente de la energía y los planes de expansión para ZNI. También incluye estrategias en los ámbitos del medio ambiente, el cambio climático, la biodiversidad, los recursos hídricos y las energías renovables en el marco del fortalecimiento y la diversificación de la cooperación internacional.

El gobierno a través del Ministerio de Minas y Energía debe coordinar esfuerzos con las autoridades indígenas en el desarrollo de proyectos de energías renovables

como la energía solar (DNP, 2011), es decir paneles solares utilizando los recursos de las empresas de energía locales, fondos del IPSE, así como recursos del Fondo Nacional de Regalías –FNR–. Asimismo, en coordinación con el Ministerio de Medio Ambiente, debe promover el uso de las caídas de agua o cascadas para la generación de energía como estrategia para minimizar el impacto ambiental y la contaminación.

#### **D) Boletín Estadístico de Minas y Energía 1990-2010**

El *Boletín Estadístico de Minas y Energía 1990-2010* generado por la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME– destaca el uso de biocarburantes en el sector de hidrocarburos en el marco de la integración de fuentes de energía no convencionales, como la biomasa, eólica, geotérmica combustible, alcohol y el biodiesel, solo por mencionar algunas novedades recientes (UPME, 2011).

### **CONCLUSIONES**

En el contexto de las estrategias de innovación, hay que decir que hasta el momento Colombia ha basado su economía en la exportación de recursos naturales no renovables que no suponen un aumento considerable de la productividad y mejoras en términos de la pobreza o el desempleo. Esta situación prevalece a pesar de la liberalización económica implementada en los años 90 (DNP, 2011). Si la tendencia anterior no se cambia, la oferta exportable va a ser muy limitada cuando se agoten los recursos naturales no renovables (DNP, 2011).

Algunos de los problemas que el país debe enfrentar para lograr la implementación exitosa de las energías renovables, están relacionados con la informalidad y la ilegalidad en la prestación de servicios de electricidad, debido a que estos persisten a pesar de las mejoras, especialmente en lo que se refiere a calidad y eficiencia por lo cual es necesario repensar las estrategias para combatir dichos problemas (DNP, 2011).

Las leyes 142 y 143 de 1994 reflejan la intención del gobierno de Colombia de promover las fuentes de energía no convencionales y la eficiencia energética. Sin embargo, son insuficientes para el desarrollo de metodologías para lograr este objetivo, lo cual se hace evidente en la composición de las formas de generación de energía en el país: 64,1% de hidroeléctrica, termoeléctrica de 30,8% y el restante 5,1% en plantas de cogeneración y plantas menores (XM, 2013).

Sin duda, gracias a la consolidación de la política energética en el ámbito de los biocombustibles, la cogeneración es una forma de energía renovable ampliamente extendida en el país en comparación con otras fuentes de esta naturaleza. Solo de

2009 a 2010, la capacidad de cogeneración aumentó en un 56,9% (XM, 2013) en Colombia.

En relación con las iniciativas tales como el GEF incluido en el PND, no está claro ni la metodología ni la institución encargada de la estructuración de la propuesta de transporte sostenible a través del uso de combustibles renovables. Este es un hecho común en la regulación colombiana, puesto que las leyes reflejan un objetivo que muchas veces no tiene la estructura técnica, financiera y de control necesarias para su correcta aplicación.

Si bien el PND menciona la necesidad de que el gobierno de Colombia prepare a la sociedad para hacer frente a las consecuencias del cambio climático, no hay claridad en los mecanismos o instituciones que llevarán a cabo estas tareas. Si bien, en principio el Ministerio de Medio Ambiente es la entidad encargada de las tareas, sus resultados son un tanto contradictorios, teniendo en cuenta el impacto de las temporadas de invierno por falta de previsión.

En cuanto a la adopción de algunos sistemas identificados en el PND, como la generación distribuida, gestión de la demanda y las redes inteligentes, se espera que puedan alentar un importante desarrollo e implantación de las energías renovables en el país. La regulación debe ser reconsiderada en cuanto a la financiación, planificación, operación, mantenimiento y control.

La realidad del país en cuanto a la promoción y el uso de las energías renovables se refleja claramente en el *Boletín Estadístico de Minas y Energía 1990-2010* (UPME, 2011), ya que en las estadísticas sobre la generación estas formas de energía ni siquiera figuran, lo que demuestra la escasa difusión de estas nuevas iniciativas en el país. Se puede concluir que a pesar de los esfuerzos del Estado, los incentivos y las regulaciones actuales siguen siendo insuficientes en este ámbito.

Como parte del trabajo de investigación a realizar por el grupo en un futuro próximo, se contempla el estudio del papel de los agentes en otros proyectos del sector energético y los procesos de transferencia de tecnología en el marco de la aplicación de las energías renovables en el país.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barba, D., Garavito, S., López, S., Nieves, H., Olarte, C., Ortega, S. y Santos, L. (2009). *Segunda comunicación nacional ante la CMNUCC*. Capítulo 3. Disponible en: <http://www.slideshare.net/inviertaencolombia/sector-tecnologas-limpias-proexport>
- Canseco, M. (2010). *Energías renovables en América Latina*. Madrid, España: Fundación Ciudadanía y Valores. Disponible en: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1279184521\\_energias\\_renovables\\_en\\_america\\_latina.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1279184521_energias_renovables_en_america_latina.pdf)

- Colombia, Congreso de la República, Ley 29 del 29 Febrero de 1990. Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 142 del 11 de Julio de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 143 del 11 de Julio de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 697 del 3 Octubre de 2001. Mediante la cual se fomenta el uso racional y eficiente de la energía, se promueve la utilización de energías alternativas y se dictan otras disposiciones.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1215 del 16 de Julio de 2008. Por la cual se adoptan medidas en materia de generación de energía eléctrica.
- Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Decreto 0393 de Febrero de 1991. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías.
- Colombia, Estatuto Tributario Nacional. *Artículo 207-2*. Disponible en: <http://estatuto.co/?e=1040>
- CREG. (1996a). *Resolución No. 84 de 1996*. Por la cual se reglamentan las actividades del Autogenerador conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN).
- \_\_\_\_\_. (1996b). *Resolución No. 85 de 1996*. Por la cual se reglamentan las actividades del Cogenerador conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN).
- \_\_\_\_\_. (1996c). *Resolución No. 86 de 1996*. Por la cual se reglamenta la actividad de generación con plantas menores de 20 MW que se encuentra conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN).
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). "Conceptos básicos del Plan Nacional 2010-2014: Prosperidad para todos. 2011". Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/PORTALWEB/LinkClick.aspx?fileticket=mXtR20LpjA%3d&tabid=1238>
- Infante, A. (2007). "Perspectivas de la situación energética mundial. Las oportunidades para Colombia". *Revista de Ingeniería*. No. 25, pp. 74-95. Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: <http://revistaing.uniandes.edu.co/pdf/25a9.pdf>
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Proexport Colombia. (2009). "Invierta en Colombia: Trabajo, Compromiso e Ingenio – Sector de Tecnologías Limpias". Disponible en: <http://www.slideshare.net/inviertaencolombia/sector-tecnologas-limpias-proexport>
- Ministerio de Educación de Colombia. (2011). "Colombia una potencia en energías alternativas". Centro Virtual de Noticias. Disponible en: <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-117028.html>
- Ministerio de Minas y Energía de Colombia y Unidad de Planeación Minero Energética –UPME–. (2009). "Plan de Expansión de Referencia Generación - Transmisión 2009-2023". Bogotá, Colombia: Subdirección de Planeación Energética. Disponible en: [http://www.upme.gov.co/Docs/Plan\\_Expansion/2009/Plan%20de%20Expansion%202009-2023.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/2009/Plan%20de%20Expansion%202009-2023.pdf)
- Polo, J. Rodríguez, J. y Sarmiento, A. (2008). "Potencial de generación de energía a lo largo de la costa colombiana mediante el uso de corrientes inducidas por mareas". *Revista de Ingeniería*. No. 28, pp. 99-105. Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: <http://revistaing.uniandes.edu.co/pdf/a11%2028.pdf>
- Rodríguez, H. (2008). "Desarrollo de la energía solar en Colombia y sus perspectivas". *Revista de Ingeniería*. No. 28, pp. 83-89. Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: <http://revistaing.uniandes.edu.co/pdf/a9%2028.pdf>
- Unidad de Planeación Minero Energética –UPME–. (2011). *Boletín Estadístico de Minas y Energía 1990-2010*. Disponible en: <http://www.simco.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=ABaDJv5Q1Jo%3D&tabid=110>
- XM. (2013). "Descripción del sistema eléctrico colombiano". Disponible en: <http://www.xm.com.co/Pages/DescripciondelSistemaElectricoColombiano.aspx>



## COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Gómez Bautista, Jorge Alfredo. (2013). "La minería y los principios de precaución y prevención en las políticas públicas ambientales en el Eje Cafetero". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 225-238. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 15 de mayo de 2013  
Aprobado el 30 de julio de 2013

# LA MINERÍA Y LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES EN EL EJE CAFETERO

JORGE ALFREDO GÓMEZ BAUTISTA\*

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

## RESUMEN

El impacto ambiental generado en los últimos 50 años buscando suplir necesidades alimentarias, habitacionales, tecnológicas, sociales, incluyendo obviamente el aumento poblacional, ha dejado una negativa marca en el desarrollo de la humanidad. Las características propias del medio ambiente como derecho fundamental conexo, permiten determinar que este carece de límites geográficos, con una naturaleza dinámica y progresiva que demanda especial seguimiento, una cohesión cultural y una clara disposición gubernamental para que en medio de su poder se legitime su defensa. Por tal razón, preocupantes conclusiones de estudios que analizan el desarrollo minero en Colombia, determinaron que en la Eco región del Eje Cafetero el aumento de la producción de oro y plata ha plasmado una negativa estadística frente a la defensa del medio ambiente de una zona dedicada al turismo ecológico y la explotación agropecuaria.

**PALABRAS CLAVE:** Políticas, principios, tratados, ambiente, minería.

---

\* Profesor asociado Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago. El presente artículo es producto del proyecto de investigación para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Jorge.Gomezba@campusucc.edu.co

## MINING AND THE PRECAUTION AND PREVENTION PRINCIPLES IN ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES IN THE COFFEE TRIANGLE

### ABSTRACT

Environmental impact generated over the past 50 years in the search for supplying alimentary, housing, technological and social needs, obviously including population increase, has left a negative label on humanity development. Characteristics proper of environment as a related fundamental right, allows determining that it lacks geographical limits with a dynamic and progressive nature which demands special supervising, cultural cohesion and a clear governmental regulation so that within its power, its defense can be legalized. Because of this, worrying conclusions from studies which analyze the mining development in Colombia, determined that in the Eco region called "Eje Cafetero" ("Coffee Triangle") the increase of gold and silver production have generated negative statistics before the environment defense in a region devoted to Ecotourism and agricultural exploitation.

**KEY WORDS:** Policies, principles, treaties, environment, mining.

## INTRODUCCIÓN

*“Todo ser para entender su existencia debe conocer su entorno, cuidarlo y ante todo respetarlo.  
Sin embargo la ambición natural del ser humano en su afán evolutivo,  
no reconoce que ni la sociedad, ni el hombre, ni ninguna otra cosa  
deben sobrepasar para ser buenos los límites establecidos por la naturaleza”*  
(Hipócrates)

El impacto ambiental generado en los últimos 50 años buscando suplir necesidades alimentarias, habitacionales, tecnológicas, sociales, entre muchas otras, incluyendo obviamente el aumento poblacional, ha dejado una inmensa huella en el desarrollo de la humanidad, marca que lamentablemente ha afectado un recurso limitado para nuestra existencia: la Naturaleza.

Las características propias del medio ambiente, permiten deducir que carece de límites geográficos, que no afecta de manera selectiva e individual a un número determinado de personas sino a toda una comunidad; que su naturaleza dinámica y progresiva requiere de especial seguimiento, apoyado con una amplia base científica que identifique su deterioro o menoscabo. Sin embargo, se requiere, entre muchas otras cosas, de cohesión cultural y una clara disposición gubernamental para que en medio de su poder se legitime su defensa.

Se ha creado entonces, una imperante necesidad por regular el uso de la naturaleza, buscando con ello mitigar el impacto del deterioro al medio ambiente. Propuestas gubernamentales y el origen de políticas multilaterales, constantemente motivan el crecimiento normativo, generando con ello estímulos y sanciones en normas de orden persuasivo, disuasorio, preventivo y represivo, acordonadas a los procesos de planificación, sostenimiento y protección ambiental.

El establecer políticas claras de autosostenibilidad y el crear estamentos estatales para direccionar las mismas, es un paso adicional en el marco de garantías dispuesto constitucionalmente. Empero, el rol de dichos organismos no es sinónimo de protección. La realidad muestra que lamentablemente no existe una verdadera cohesión entre la política pública, la cultura ambiental y el factor obligacional del Estado en procura de la protección de los recursos naturales, circunstancias que entorpecen el desarrollo de un derecho que cada día adquiere mayor relevancia.

Colombia, un país colmado de riquezas hídricas, ecosistémicas, minerales, energéticas y marinas vive un auge en la producción de yacimientos minerales con un papel protagónico de las Corporaciones Autónomas Regionales, entidades que autorizan la explotación a particulares de dichos recursos, por tal razón, se plantea el impacto ambiental de la minería, utilizando como parte de la óptica de observación, la autorización de su producción en el Eje Cafetero y la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su obligación constitucional y legal.

Por lo tanto, deberían ser los sustentos dogmáticos y jurídicos del ordenamiento constitucional en paralelo con el factor eminentemente obligacional propuesto en los fines del Artículo 2º de la Carta Política, sumado a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación, la atención a la salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, hilando lo anterior a un componente que permita la ejecución del principio de Responsabilidad del Estado establecido en el Artículo 90 como un sinónimo de garantía constitucional, de protección de unos recursos que en muchas situaciones no son renovables.

## MATERIALES Y MÉTODOS

“La minería y los principios de precaución y prevención en las políticas públicas ambientales en el Eje Cafetero”, es un artículo derivado del proyecto de investigación de la Maestría en Derecho Administrativo que curso en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, por lo anterior es necesario aclarar que no es un proyecto derivado de mi labor como docente en la Universidad Cooperativa de Colombia.

Se estableció entonces, que el proyecto de investigación es tipo *lege lata*, buscando una posible solución a los riesgos derivados de la explotación minera en el Eje Cafetero, con características cualitativas, cuyo fin fundamental es el de generar una crítica a las políticas públicas medioambientales relacionadas con la autorización para la explotación de yacimientos minerales en esta región del país, buscando con ello determinar las características de protección, control, inspección y vigilancia de las entidades del Estado encargadas para tal fin, como principal responsable por los daños antijurídicos causados con la extracción de oro, plata, níquel y demás minerales rastreados en la zona donde convergen las cordilleras Occidental y Central del país.

Se busca entonces analizar, desde los aspectos teóricos y prácticos, el impacto de las políticas públicas de protección ambiental y el rol de las entidades del Estado de protección en el área del Eje Cafetero, desarrollando con ello conceptos, intelecciones y comprensiones, partiendo de los datos obtenidos del Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Minas y Energía, Corporaciones Autónomas Regionales, Departamento Administrativo Nacional de Estadística y Entidades Territoriales y los conceptos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con el propósito de participar en la transformación de la realidad que aqueja en la actualidad al país.

Al tratarse a su vez de una investigación descriptiva de características hermenéuticas, su objetivo es especificar a su vez el estado, las características, factores y procedimientos presentes en fenómenos y hechos que ocurren en forma natural, sin explicar las relaciones que se identifiquen, el actual desarrollo de actividades del

Estado como garante de derechos y libertades de la población nacional, así como el comportamiento doctrinal y teórico de la Responsabilidad del Estado frente a la protección del medio ambiente.

La cuantificación de los datos que se obtengan del DANE, Ministerio del Medio Ambiente, Banco de la República y Corporaciones Autónomas Regionales se tomarán de las bases estadísticas existentes y de búsqueda a través de Derecho de Petición, las cuales se tomarán como trabajo de campo y mecanismo para la recolección de información, pudiéndose analizar con los datos obtenidos índices económicos, desplazamiento poblacional, producción agrícola, entre otros, y su impacto en la Ecorregión del Eje Cafetero. A su vez, la problemática suscitada con la investigación permitirá abordar, con base en el sustento teórico y doctrinal nacional, los diferentes pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado y apropiarlos al desarrollo del proyecto.

## LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

El Derecho Ambiental desde la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 ha sido cambiante y evolutivo; los problemas de origen climático han modificado la estructura normativa, incluyendo en ellas situaciones que reflejan la preocupación de la humanidad por el deterioro ambiental que se ha causado con el aumento desmesurado de población, la industrialización, la producción agrícola de alimentos en masa, entre otros.

Colombia, fundada bajo la premisa del Estado Social de Derecho desde 1991, ha formulado desde la perspectiva constitucional una gran gama de derechos y garantías ambientales, al establecer en el supremo rango normativo el reconocimiento de Derechos Fundamentales relacionados con el medio ambiente como fórmula derivada de la protección al Derecho a la Vida, determinando la naturaleza "Verde" de la Carta de 1991, sin que eso limite los factores de protección y de compromiso del Estado y de los habitantes del territorio nacional.

Las medidas tomadas por el órgano Legislativo y por el Ejecutivo, frente a la protección de los derechos ambientales, han sido relativamente pobres respecto a los parámetros de salvaguarda ambiental. Es evidente, que el Código Nacional de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) es inoperante; las sanciones penales por la responsabilidad en la comisión de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente son bastante laxas; los diferentes Tratados Internacionales medioambientales ratificados por Colombia no generan ese carácter obligacional supraestatal necesario para el respeto a los recursos naturales, y la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 no determina más que la organización jerárquica funcional de la administración pública en materia ambiental estableciendo funciones y competencias.

Es por lo anterior que organismos como el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y las Entidades Territoriales, no han entrado en cohesión funcional para establecer criterios uniformes de supervisión, control, vigilancia y protección, hechos que presumen la existencia de responsabilidad estatal por acción y por omisión estableciendo la misma en los criterios de culpa in diligendo y culpa in vigilando, razón que perfectamente entra en muchas de las teorías de la Responsabilidad Extracontractual del Estado (BUSTAMANTE, 2003: 86).

Ahora bien, en los últimos 30 años se ha evidenciado cómo circunstancias económicas y políticas han transformado esa identidad agrícola de una zona como el Eje Cafetero, que ha basado históricamente su economía y desarrollo social desde el agro, especialmente del cultivo del grano de café y de aquellos productos que se derivan del mismo, y de cultivos como el cacao, los frutales, el maíz, las hortalizas, entre muchos otros, ahondado lo anterior con las alternativas ecosistémicas de orden turístico que han permitido que la región obtenga un renombre incluso internacional como zona de esparcimiento y desarrollo cultural, mostrando con ello un avance en nuestra identidad mundial como país cafetero.

Preocupa entonces, el aumento de la explotación minera y el manejo de los residuos de la extracción mineral en el Eje Cafetero y su especial expansión en municipios como Manizales, Marmato, Supía, La Tebaida, entre otros, que son parte fundamental del cordón turístico y agropecuario de la Región.

Se podría preguntar en su defecto: ¿Cuáles son los requisitos mínimos exigidos por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales para la autorización de la explotación minera en el Eje Cafetero? ¿Cuál es el impacto ambiental calculado para la producción de esos recursos minerales? ¿Cuántas personas han sido autorizadas para la explotación de yacimientos minerales en el Eje Cafetero? ¿Cuáles son los mecanismos de inspección, seguimiento, control y vigilancia utilizados por el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales en la producción o explotación mineral en el Eje Cafetero? ¿Qué municipios del Eje Cafetero se ven afectados con la autorización de explotación minera?

Todas las preguntas antes relacionadas nos permiten pensar si: *¿Se amparan las políticas públicas ambientales de protección del Estado con los principios de precaución y prevención en la explotación minera en el Eje Cafetero?* Y si efectivamente se están entrelazando los derechos prescritos en la Carta Política de 1991 con los principios de precaución y prevención descritos en la Convención de Río de 1992.

Las conclusiones preliminares nos permiten deducir que ha sido mayor el interés por el aumento desmedido de la producción minera que la protección misma

que se le está dando al medio ambiente del Eje Cafetero. Basado en los datos estadísticos proporcionados por el Banco de la República, es evidente que existe un mayor riesgo ambiental y que este hasta el momento no ha evidenciado con claridad un menoscabo a los derechos constitucionales y legales de protección y saneamiento ambiental, relacionados con la ratificación de los diferentes tratados internacionales de protección medioambiental.

Es de vital importancia entonces, focalizar los factores de inspección, control y vigilancia en la producción de recursos minerales en el Eje Cafetero, generando políticas públicas claras por parte del Ejecutivo, con el fin de no deteriorar los recursos naturales que hacen de esta zona del país un atractivo mundial para el desarrollo agroindustrial y turístico.

## MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

La protección ambiental evidentemente ha permeado el desarrollo político de los Estados. El constitucionalismo moderno ha cambiado ostensiblemente el sistema normativo, generando con ello una gran gama de derechos y garantías supraleales de obligatorio cumplimiento, adicionado lo anterior a mecanismos judiciales expeditos y céleres de protección ambiental. La interrelación estatal consagrada en los tratados internacionales y la suscripción de los acuerdos de la Reunión de Río, del Protocolo de Kioto, entre otros, internacionalizan las relaciones medioambientales y permiten la cohesión de políticas de respaldo y apoyo mundial.

Ahora bien, de una síntesis de la perspectiva de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy y los preceptos de protección de los derechos fundamentales, se resalta que no solo la vida y la salud son bienes susceptibles de protección, sino también todo aquello que desde los aspectos iusfundamentales es digno de ser protegido desde los parámetros de los esfuerzos que deben realizar los poderes públicos como garantes en virtud de los Estados de Derecho y Sociales de Derecho, para que en los ámbitos del ordenamiento jurídico se realice un esquema argumentativo que permita de manera creativa la protección de derechos fundamentales, entrelazando en ello los conceptos de los jueces en la salvaguarda constitucional y la defensa de los principios de precaución y prevención establecidos en la Convención de Río de 1992, como marco del análisis constitucional y legal del desarrollo minero aplicable al sistema jurídico constitucional que prevería la defensa del medio ambiente en el Eje Cafetero (ALEXY, 1993: 524 y ss.).

El marco constitucional colombiano amparado en ese bloque de constitucional es ampliamente garantista. Aspectos de orden filosófico, dogmático y estructural enriquecen un esquema creado para la protección ambiental como un derecho ligado a la vida, la salud, el desarrollo, la recreación, la infancia, la vejez, entre

muchos otros, que buscan el desarrollo de la población con estándares altos de calidad en un país envuelto en un manto de riqueza natural.

La protocolización de los tratados internacionales que legitiman la seguridad de la protección del medio ambiente, determinan como esenciales los principios de precaución y prevención en materia ambiental, estimando que es el ser humano el centro de las preocupaciones relacionadas con la fragilidad del medio ambiente y la problemática suscitada con el desarrollo sostenible, amparados en esa corresponsabilidad territorial y el espíritu de solidaridad mundial por proteger, conservar y restablecer la salud como ingrediente fundamental del derecho a la vida, buscando la integridad del ecosistema de la tierra con rigurosas leyes que protejan el medio ambiente

Analizando propiamente los aspectos normativos de orden constitucional, encontramos que los fines del Estado (Artículo 2º), el reconocimiento de la biodiversidad como recurso (Artículo 7º), la obligación de protección de las riquezas (Artículo 8º), el saneamiento ambiental (Artículo 49), la producción de alimentos (Artículo 65), la planificación del manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales (Artículo 80), la internacionalización de relaciones ecológicas (Artículo 226), se amalgaman a las nuevas necesidades jurídicas establecidas para la salvaguarda ambiental como elemento esencial de la protección a la población, incluyendo la responsabilidad extracontractual que vincula directamente al Estado en su defensa (Artículo 90) (PÉREZ, 2000).

Bajo ese orden de ideas, el Estado garantiza que controlará, supervisará y asegurará que el medio ambiente se encuentre protegido, haciéndolo de manera conjunta con todos los estamentos gubernamentales y no gubernamentales, razón por la cual se concibe una organización estructural definida y determinada con claridad en la Ley 99 de 1993 que regula la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, creando el Sistema Nacional Ambiental.

De igual manera, se hace necesario analizar si el conjunto de reglamentaciones y acciones puestas en marcha por parte del Ejecutivo y sus entidades han delimitado dentro del marco constitucional, legal y reglamentario una política pública clara, que permita la protección no solo del medio ambiente, sino de aquellas actividades económicas que se derivan del uso de los recursos naturales en la Ecorregión del Eje Cafetero.

Ricardo Luis Lorenzetti en su obra Teoría del Derecho Ambiental, expresa que el marco de las políticas públicas es discrecional, toda vez que es el Estado como persona jurídica quien determina o regula la dirección que la administración pública ha de tener para anticipar, evitar y mitigar cualquier amenaza medioambiental dentro de su territorio (LORENZETTI, 2011: 86). Así las cosas, en Colombia el



marco legal de los planes nacionales de desarrollo y la estructura funcional de la organización ambiental, formulan las directrices políticas a corto, mediano y largo plazo en esta materia, y es bajo este régimen normativo que se estimulan las actividades de protección necesarias en el marco general de salud pública y saneamiento ambiental.

Para entrar en contexto, es necesario en este caso, hacer un paralelo entre las políticas públicas establecidas en Colombia y la efectividad de las normas dispuestas para la protección ambiental, determinando si aquellas políticas públicas prescritas para el manejo industrial de los recursos naturales se amparan en los principios de precaución y prevención dispuestos en la Convención de Río de 1992, como sustento filosófico del esquema orbital de protección ambiental.

Ahora bien, el Estado bajo la necesidad de regular el grado de permisividad legal para la protección ambiental, determinó en la Ley 685 de 2001 (modificada por la Ley 1382 de 2010) un régimen aplicable para la autorización de explotación minera<sup>1</sup>, el cual debía acogerse a estudios previos de factibilidad que comprobaría el menoscabo ambiental en dicho entorno, evaluando no solo el impacto social, sino también el deterioro que se podría ocasionar con el proceso de extracción mineral del recurso y la industrialización derivada de la producción masiva del yacimiento.

Preocupa entonces, si lo anterior pone en contraposición el manejo industrial de la minería y la protección de los recursos naturales, estudiando si esta, está siendo ambientalmente amigable con un ecosistema rural, de naturaleza rústica y de amplio impacto, hechos que permiten analizar el rol de las Corporaciones Autónomas Regionales, como máximas autoridades ambientales del área de su jurisdicción en el manejo proteccionista del medio ambiente en el Eje Cafetero.

Un estudio del Banco de la República que presenta el desarrollo económico del país, demuestra que la minería en Colombia ha aumentado en la última década,

<sup>1</sup> ARTÍCULO 204. *ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL*. Con el Programa de Obras y Trabajos Mineros que resultare de la exploración, el interesado presentará, el Estudio de Impacto Ambiental de su proyecto minero. Este estudio contendrá los elementos, informaciones, datos y recomendaciones que se requieran para describir y caracterizar el medio físico, social y económico del lugar o región de las obras y trabajos de explotación; los impactos de dichas obras y trabajos con su correspondiente evaluación; los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de esos impactos; las medidas específicas que se aplicarán para el abandono y cierre de los frentes de trabajo y su plan de manejo; las inversiones necesarias y los sistemas de seguimiento de las mencionadas medidas. El Estudio se ajustará a los términos de referencia y guías ambientales previamente adoptadas por la autoridad ambiental en concordancia con el artículo 199 del presente Código.

ARTÍCULO 205. *LICENCIA AMBIENTAL*. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 1382 de 2010. Ley INEXEQUIBLE, Sentencia C-366-11 de 13 de mayo de 2011; efectos diferidos por el término de dos (2) años. El nuevo texto es el siguiente:> Con base en el Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 del presente Código.

y que la escalada en la producción de níquel, oro, plata, carbón, entre otros, ha fortalecido económicamente al país, mostrando claramente las zonas de mayor producción y expansión en la extracción de recursos minerales.

Se evidencia de acuerdo al estudio antes mencionado, el aumento de la explotación minera en el Eje Cafetero entre los años 2011 y 2012, concretando que la extracción de oro aumentó el 16,7%, mientras que la extracción de plata creció el 7,9% en el mismo lapso (BANCO DE LA REPÚBLICA, 2012: 33), dicho lo anterior, la extracción de oro pasó de 305.540 gramos en el 2011 a 356.467 gramos en el 2012, y la extracción de plata pasó de 449.818 gramos en el 2011 a 485.422 gramos en el 2012, situación que genera preocupación, no por el proceso de industrialización de la minería en el Eje Cafetero, sino por el manejo ambiental que se le esté dando a los residuos de la extracción mineral en una zona ambiental que tiene especiales repercusiones sociales, económicas y turísticas en el país.

El aumento en la explotación de yacimientos minerales en Colombia, genera un impacto positivo a la situación financiera interna, generando con ello un empuje económico y por ende, un aumento en el producto interno bruto y en las rentas estatales por conceptos de regalías y rentas tributarias, sin embargo, dicha situación sin la debida protección puede ocasionar un daño irreparable al medio ambiente si no existe la adecuada cohesión entre el control y la vigilancia de las entidades públicas y las políticas gubernamentales dispuestas para el desarrollo económico nacional.

En virtud de la anterior situación, se hace necesario analizar algunos antecedentes conceptuales y jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente a la protección ambiental, describiendo la naturaleza ambiental inherente en nuestro marco jurídico, determinando que:

[...] es pertinente tener en cuenta que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa y mater<sup>2</sup>ial de la sociedad con el medio. Por ello, la protección del medio ambiente en su conjunto ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que es plausible afirmar que la Carta contiene una verdadera “*Constitución Ecológica*”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente [...]. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-129 de 2011)

---

<sup>2</sup> **Principio 15 Convención de Río:** Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

En el anterior sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, precisó la triple dimensión que la Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

[...] De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares [...].

E incluso en varias ocasiones, la Corte ha insistido en la importancia que reporta el medio ambiente para el bienestar general, al punto de establecer deberes calificados de protección que permitan brindar un nivel de vida digno, tanto a la sociedad como al individuo, que contribuyan al pleno funcionamiento del Estado.

Ello ha permitido afirmar, por parte de la Corte, la importancia de preservar el medio ambiente sano a través de una labor conjunta de todos los responsables. La Corte ha manifestado que la Constitución proporciona una combinación de deberes contiguo al reconocimiento de derechos, que permiten advertir una visión del asunto ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico:

[...] Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la Nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales [...]. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-126 de 1998)

Ahora bien, esa necesidad de proteger los intereses colectivos de la población, ratificando con ello las garantías constitucionales derivadas de los derechos a la vida, la salud, el medio ambiente sano, la protección de recursos naturales, entre muchos otros derechos fundamentales, hace que se justifique la preocupación planteada, analizando el conjunto de políticas públicas determinadas para la protección de los recursos naturales, en medio de un aumento en la producción minera en el Eje Cafetero, zona que por su riqueza natural, ecológica y económica requiere de especial protección por parte de los diferentes estamentos gubernamentales y no gubernamentales.

## APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN DE LA CONVENCION DE RÍO EN LA PLANEACIÓN AMBIENTAL

Es claro que cada principio se inspira en una situación que sobrepasa la dogmática, para convertirse de manera paulatina en una dinámica de políticas públicas, originadas principalmente por las directrices del Legislativo y del Ejecutivo que las regula desde el punto de vista normativo.

La definición de principios ambientales de Silvia Jaquenod de Zsögön, se acoge perfectamente a las características descritas en la Convención de Río de 1992, frente a los factores de precaución y prevención ambiental, donde describe que: “Los principios son criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen una ritualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo” (JAQUENOD, 2002: 539).

El principio precautelatorio, al ser relativamente joven, ha tenido un proceso evolutivo que le ha permitido adquirir instrumentos de protección internacionales y nacionales, afianzando la necesidad de medir los riesgos antes que los beneficios en cualquier situación que ponga en riesgo el medio ambiente. Esa estrecha relación con el temor de generar un problema irreversible o de establecer de manera anticipada el impacto del daño, reconoce una relación que trasciende factores éticos y morales, haciendo de la razón un ingrediente adicional que motiva su importancia.

La Convención de Río, determinó dentro del marco del acuerdo, que la participación ciudadana es fundamental para crear esos factores de sensibilización y de publicidad necesarios para que los principios operen, de igual manera, estableció que los Estados deberían promulgar leyes eficaces y dinámicas para la protección del medio ambiente, buscando a su vez, la cooperación internacional para el desarrollo económico con un medio ambiente sostenible, con el fin de afrontar de manera común los problemas de degradación ambiental, sustentados en un consenso internacional para tratar aquellos problemas ambientales fronterizos.<sup>□</sup>

La arista negativa de los principios radica en su interpretación y reglamentación, que de acuerdo a Lorenzetti puede generar percepciones públicas que sean erróneas o manipuladas por intereses económicos, que desdibujen el factor eminente de protección, por el factor de producción y por ende, el de mejoramiento de ingresos para el mayor consumo de bienes y servicios, dejando en desbalance el paralelo entre el riesgo y el beneficio que se pueda obtener (LORENZETTI, 2011: 77). Dicho de otra manera, la preocupación radica en gran medida en cambiar el destino del medio ambiente por ingresos económicos que dejen a un lado la autosostenibilidad o el desarrollo sustentable dentro del marco de producción.

El Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno Santos “Prosperidad para todos”, determina en el capítulo VI, el proyecto de sostenibilidad ambiental y la prevención del riesgo, haciendo alusión en gran medida al deterioro generado por la problemática de la ola invernal. Sin embargo, en un pequeño aparte establece un control minero para evitar el deterioro ambiental, prohibiendo la explotación minera en áreas de protección ambiental, donde se establezca la existencia de recursos hídricos.

La pobre política ambiental ofrecida por parte del gobierno nacional en el Plan Nacional de Desarrollo, es una muestra clara de la necesidad de generar mayor rentabilidad con los recursos mineros, que la protección que debe existir de la flora, fauna y riquezas naturales colombianas. Queda entonces en el tintero, si los organismos de inspección, control y vigilancia, están acordonados a las necesidades de la población para evitar un menoscabo en el medio ambiente del Eje Cafetero.

## CONCLUSIONES

- Es evidente que existe un amplio marco constitucional que permite la protección de los derechos que se entrelazan con la protección fundamental a la vida, y que de dicha protección se prevé la salvaguarda del medio ambiente como elemento funcional del desarrollo humano, social y económico, sin embargo, no existen políticas claras que permitan determinar una especial protección hacia el Eje Cafetero como cordón ambiental de producción agropecuaria y turística del país.
- No se determina con claridad en el Plan Nacional de Desarrollo una protección ejemplar frente a los recursos naturales dentro del esquema ambiental, ni se prescribe en el mismo, el desarrollo del ecoturismo como ingrediente de protección natural bajo el esquema del desarrollo sostenible descrito en la Convención de Río de 1992.
- Existen datos estadísticos del Banco de la República que corroboran el aumento de la producción de oro y plata en el Eje Cafetero, situación preocupante en una zona de desarrollo agroindustrial y turístico de alto impacto en el país. Sin embargo, los controles de los organismos de inspección y vigilancia han sido permisivos para el desarrollo de actividades mineras en el Eje Cafetero.
- No existen datos confiables del desarrollo de actividades de minería ilegal en el Eje Cafetero o de controles por parte del Estado frente a la vigilancia que debe realizarse por parte del mismo como responsable directo de la protección ambiental del país.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España: Centros de Estudios de Madrid. Banco de la República. Serie: Boletín Económico Regional (BER) I Trimestre Marzo 2012 Autor o Editor: Adriana Romero, Ana M.BER\_ejecafetero@banrep.gov.co  
[http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ber\\_ejecafetero\\_tri1\\_2012.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ber_ejecafetero_tri1_2012.pdf) [Consultado el 1 de abril de 2013].
- Bustamante Ledesma, Álvaro. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer. Colombia, Congreso de la República, Ley 99 del 22 de diciembre de 1993.  
\_\_\_\_\_, Ley 685 del 15 de agosto de 2001.  
\_\_\_\_\_, Ley de 1382 del 9 de febrero de 2010.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 del 1 de abril de 1998, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.  
\_\_\_\_\_, Sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011, Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia, Ministerio de Minas y Energía. (2006). *Decreto 535 del 21 de febrero de 2006*. Por el cual se delimita una zona de reserva especial a que se refiere el artículo 31 del Código de Minas, Ley 685 de 2001. En: [http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario\\_externo\\_normatividad/form\\_consultar\\_normas\\_minas.jsp?parametro=664&site=27](http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario_externo_normatividad/form_consultar_normas_minas.jsp?parametro=664&site=27)
- \_\_\_\_\_. (2008). *Anuario estadístico minero colombiano*. En: <http://www.simco.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=rDDN5zSCgEo%3d&tabid=96>
- \_\_\_\_\_. (2009). *Resolución número 1999 del 26 de junio de 2009*. Por la cual se delimita un área de reserva especial. En: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosSoporteRevistas/5065.pdf>
- \_\_\_\_\_. (s.f.). "Minería". En: [http://sustainabledevelopment.un.org/dsd\\_aofw\\_ni/ni\\_pdfs/NationalReports/colombia/Mineria-Mining.pdf](http://sustainabledevelopment.un.org/dsd_aofw_ni/ni_pdfs/NationalReports/colombia/Mineria-Mining.pdf)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. En: <http://www.dane.gov.co>
- DNP, República de Colombia. *Plan Nacional de Desarrollo 2010-214 "Prosperidad para Todos"*. En: <https://www.dnp.gov.co/pnd/pnd20102014.aspx>
- Jaquenod de Zsögön, Silvia (2002). *Derecho Ambiental*. España: Editorial Dykinson, S.L.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. (2011). *Teoría del Derecho Ambiental*. Bogotá: Temis.
- ONU. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. En: [http://www.bioculturaldiversity.net/Downloads/Papers/Rio\\_declaration\\_Spanish.pdf](http://www.bioculturaldiversity.net/Downloads/Papers/Rio_declaration_Spanish.pdf)
- Pérez Villa, J. (2000). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer.

## ORIENTACIONES A LOS AUTORES

### Requisitos técnicos

El ensayo inédito deberá enviarse al Centro de Investigaciones en versión definitiva, impreso y acompañado de una copia en medio magnético (disquete, CD o correo electrónico [cis@ucaldas.edu.co], en archivo Word).

No podrá superar las 20 páginas de extensión, tamaño carta, a espacio y medio, dejando un margen en los cuatro bordes de 2,5 cm.

Las páginas se deberán numerar en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título. Fuente: Times New Roman o Arial, a 12 puntos; 10 puntos en notas al pie.

Después del título del Artículo y el nombre completo de su(s) autor(es), se debe incluir un Resumen del ensayo en español e inglés, no mayor a 150 palabras, que describa los propósitos del estudio o investigación. A renglón seguido, 5 palabras clave y Key Words.

Se deberá anexar al Artículo un resumen de la hoja de vida de su(s) autor(es) donde se indique sus títulos, filiación institucional y publicaciones.

Los gráficos, cuadros y fotografías deben ir anexos al Artículo indicando el lugar donde se pondrá dentro del texto, ubicando claramente la(s) fuente(es) correspondiente(s).

Las **referencias bibliográficas** se ubicarán dentro del texto, no en nota al pie, de la siguiente manera: primer apellido del autor en mayúscula sostenida, año de publicación de la fuente citada seguida de dos puntos y página(s). Ejemplo (ARANGO, 2005: 190).

Todas las fuentes citadas, además de otras secundarias, se deben indicar en la **bibliografía**, así: apellido en mayúscula, nombre del autor en minúscula; año de publicación; título en cursiva si es libro o entre comillas si es de revista o capítulo de libro, caso éste en el que debe citarse la fuente proveniente en cursiva; lugar de publicación; editorial del libro o número de la revista.

Ejemplos:

ARANGO, Rodolfo. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia.

MEJÍA, Oscar. (2002). Legitimidad, democracia consensual y Constitución. En: *El Otro Derecho* No. 28. ILSA, Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2002). Dominación y exclusión en la Constitución de 1991. En: *Revista Palimpsestus* No. 2. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional, Bogotá.

SUNSTEIN, Cass R. 2001. *Designing Democracy: What constitutions do*. Oxford - New York: Oxford University Press.

### Orientación de la tipología de los ensayos

Para que la Revista consolide su Calidad Científica, los ensayos sometidos a revisión deben corresponder a alguna de las siguientes tipologías, según ha señalado COLCIENCIAS:

– *Artículo de investigación científica*. Ensayo que presenta detalladamente los resultados originales de proyectos de investigación, utilizando generalmente una estructura que contiene cuatro apartes fundamentales: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

– *Artículo de reflexión*. Ensayo académico que presenta un abordaje creativo desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica por parte del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

– *Artículo de revisión*. Ensayo resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones, sobre un campo científico en particular, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

– *Artículo corto*. Documento breve que presenta resultados preliminares o parciales de una investigación o estudio, que por lo general requieren de una pronta difusión, o Artículo de reflexión breve.

– *Reporte de caso*. Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

– *Cartas al editor*. Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la Revista, que constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.



– Traducción o Reseña bibliográfica.

Evaluación calificada por árbitros competentes anónimos (evaluación por pares)

Siguiendo los parámetros establecidos por COLCIENCIAS, los ensayos sometidos a revisión con miras a publicarse en *JURÍDICAS*, se enviarán a pares externos para la evaluación, en la que constará la calidad científica y la originalidad del documento.

Derecho de autor

El Centro de Investigaciones Sociojurídicas costea la edición, publicación y distribución de la Revista. Los autores, por su parte, inmediatamente acceden a la publicación de su ensayo, ceden los derechos patrimoniales de autor. Cualquier intención contraria deberá ser expresamente manifestada al editor o a alguno de los Consejos.

## ORIENTATIONS FOR AUTHORS

### Technical requirements

The unpublished essay should be sent to the Research Center in its definitive version, on printed form and accompanied by a copy on magnetic form (diskette, CD or electronic mail [cis@ucaldas.edu.co, revistajuridicas@ucaldas.edu.co], in Word).

It shouldn't surpass a 20 page extension, letter size, 1.5 line spacing, with 2.5 cm. margins on four sides.

The pages should be numbered on the lower right corner, beginning on the title page. Letter type: Times New Roman or Arial, Size: 12 points; foot notes: 10 points.

After the title of the article and the complete name(s) of its author(s), a Summary of the essay should be included, in both Spanish and English, no longer than 150 words describing the purposes of the study or research. On the next line, 5 key words, in both languages.

A summary of the author(s) resumé should be annexed to the article, indicating their professional titles, institutional filiation and publications.

The graphics, charts and pictures should be annexed to the article indicating its the place within the text, clearly stating its corresponding source.

The **bibliographical references** will be located within the text, not in footnote form, in the following way: the author's last name in capital letters, publication year of the source mentioned, followed by a colon and the page(s). Example (ARANGO, 2005: 190).

All the mentioned sources, as well as the secondary ones, should be indicated in the **bibliography**, in the following manner: last name in capitals, the author's name in lowercase; publication year; title in italics if it is a book or in quotation marks if it is from a journal or book chapter, in this last case, the source should be done in italics; place of publication; editorial company or magazine number.

Examples:

ARANGO, Rodolfo. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia.

MEJÍA, Oscar. (2002). Legitimidad, democracia consensual y Constitución. In: *El Otro Derecho* No. 28. ILSA, Bogotá.

\_\_\_\_\_. (2002). Domination and exclusion in the Political Constitution of 1991. In: *Palimpsestus Magazine* No. 2. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional, Bogotá.

SUNSTEIN, Cass R. 2001. *Designing Democracy: What constitutions do*. Oxford - New York: Oxford University Press.

Orientation for essay typology

In order for the journal to consolidate its Scientific Quality, the essays subjected to revision should correspond to one of the following typologies, as pointed out by COLCIENCIAS:

- *Scientific research article*. This type of essay detailedly presents the original results of research projects, generally consisting in a structure that contains four fundamental parts: introduction, methodology, results and conclusions.

-*Reflection article*. An academic essay that presents a creative approach from an analytic, interpretive or critic perspective on the part of the author, on a specific topic, appealing to original sources.

-*Revision article*. An essay result of a research that analyzes, systematizes and integrates the research results, on a particular scientific field, with the purpose of presenting the advances and development tendencies. It is characterized by the presentation of a bibliographical revision of at least 50 references.

-*Short article*. A brief document that presents preliminary or partial results of a research or study that generally requires a prompt diffusion, or a brief reflection article.

-*Case study*. A document that presents the study results on a particular situation with the purpose of showing the technical and methodological experiences considered in a specific case. It includes a commented systematic revision of the literature related to similar cases.

-*Letters to the editor*. Critical, analytic or interpretive positions on the documents published in the Journal, that constitute an important contribution to the discussion of the topic by the scientific community of reference.

-*Translation or Bibliographical review*.

Qualified evaluation by competent anonymous referees (peer evaluation)

According to the parameters established by COLCIENCIAS, the essays subjected

to revision with the perspective of being published in *JURIDICAS*, will be sent to external peers for evaluation, which will give faith of the scientific quality and originality of the document.

#### Author Rights

The Sociojurídicas Research Center finances the edition, publication and distribution of the Journal. The authors, on the other hand, immediately after consenting to the publication of their essay, yield their patrimonial author's rights. Any contrary intention should be specifically manifested to the editor or to any of the Council members.

Revista  
**JURÍDICAS**

**FORMATO DE SUSCRIPCIÓN**

<b>Nombre / Name</b>	
<b>Cédula / Identification number</b>	
<b>Dirección / Address</b>	
<b>Ciudad / City</b>	
<b>Departamento / State</b>	<b>Código Postal / Zip Code</b>
<b>País / Country</b>	
<b>Teléfono / Phone Number</b>	
<b>Profesión / Profession</b>	
<b>Institución / Employer</b>	
<b>Correo Electrónico / E-mail</b>	
<b>Dirección de envío / Mailing Address</b>	

**Suscriptores Nacionales por un año. (2) Ejemplares**

Se debe consignar en Bancafé, cuenta de ahorros No. 255050114 código 00HD005  
Promoción e indexación de publicaciones científicas.

**Mayores informes:**

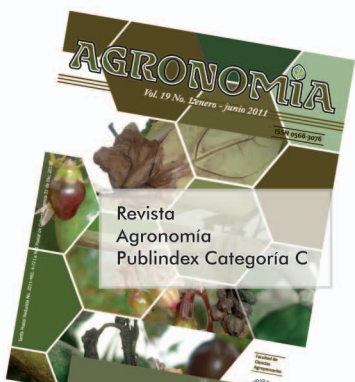
Vicerrectoría de Investigaciones y Postgrados  
Universidad de Caldas. Calle 65 N° 26 - 10  
A.A. 275 Manizales - Colombia  
Tel: 8781500 ext. 11222  
Fax: 8781500 ext. 11622  
E-mail: [revistajuridicas@ucaldas.edu.co](mailto:revistajuridicas@ucaldas.edu.co)  
[revistascientificas@ucaldas.edu.co](mailto:revistascientificas@ucaldas.edu.co)

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:

Año/Year      Volumen/Volume      Fecha/Date



**Ventas, suscripciones y canjes**  
Vicerrectoría de Investigaciones y  
Postgrados  
Universidad de Caldas  
Sede Central  
Calle 65 No. 26 - 10  
A.A. 275  
Teléfonos: (+6) 8781500  
ext. 11222  
e-mail:  
revistascientificas@ucaldas.edu.co  
Manizales - Colombia



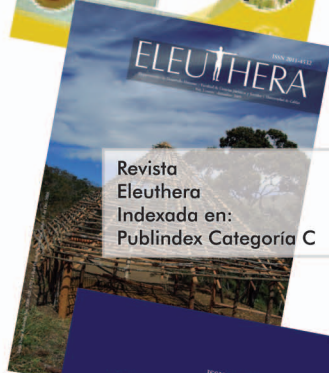
Revista  
Agronomía  
Publindex Categoría C



Revista  
Biosalud  
Indexada en:  
Publindex Categoría B  
Lilacs



Revista  
Cultura y Droga



Revista  
Eleuthera  
Indexada en:  
Publindex Categoría C



Revista  
Luna Azul (On Line)  
<http://lunazul.ucaldas.edu.co>  
Indexada en:  
Publindex Categoría B  
Index Copernicus, DOAJ



Revista  
Discusiones Filosóficas  
Indexada en:  
Publindex Categoría A2  
Philosopher's Index  
SciELO  
Ulrich's Periodicals Directory

# Revistas







Revista Boletín Científico Museo de Historia Natural Indexada en: Publindex Categoría A2 SciELO



Revista Colombiana de las Artes Escénicas



Revista Veterinaria y Zootecnia



Revista Hacia la Promoción de la Salud Indexada en: Publindex Categoría B Lilacs SciELO



Revista Jurídicas Indexada en: Publindex Categoría C DialNet



Revista Latinoamericana de Estudios Educativos



Revista Vector



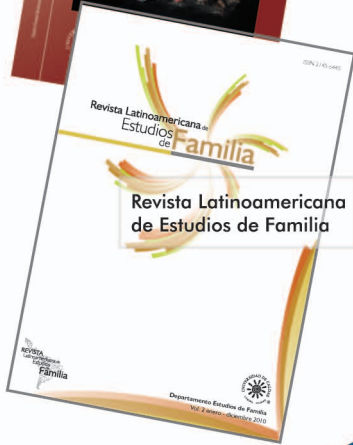
Revista de Antropología y Sociología (Virajes) Indexada en: Publindex Categoría C



Revista Universidad de Caldas



Revista Kepes Indexada en: Publindex Categoría C



Revista Latinoamericana de Estudios de Familia

# Científicas





# Entregando lo mejor de los **colombianos**

Línea de atención al Cliente Nacional: 01 8000 111 210

Línea de atención al Cliente Bogotá: (57-1) 4199299

► [www.4-72.com.co](http://www.4-72.com.co)

**Esta Revista se terminó de imprimir  
en julio de 2013  
Manizales - Colombia**